

"La actuación del juez frente a "la presión laboral tendenciosa", ventajas y desventajas de su tipificación." ponencia: de Gimeno Lahoz, Ramon

1 Jornada de Análisis Integral del *Mobbing* Ámbito Jurídico Girona 25 Noviembre 2005

Gimeno Lahoz, Ramon

1.- La actuación del juez frente al *mobbing*.

El fenómeno del *mobbing*, el problema jurídico del *mobbing*, ha tenido una sensibilización nueva a todos los niveles en los últimos años.

Esto también se ha producido en el mundo jurídico, y en particular en el ámbito de los Tribunales, quienes se han encontrado en la necesidad de aproximarse al concepto de *mobbing*.

Esta aproximación no ha sido siempre la misma, debiéndose conocer a nivel de estrados, los distintos caminos utilizados para ello.

Las iniciales sentencias del TSJ de Navarra de fecha 30-4-01, 18-5-01 y 15-6-01, acogiendo la definición de la instancia, definen el *mobbing* como 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.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid fecha 18-6-01, recoge distintas definiciones provenientes del mundo médico, donde ha sido definido como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicósomáticas de ansiedad, y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido.

La sentencia del Tribunal Supremo (sala 3ª) de 23-7-01 afirma que actuaciones como las que ha tenido que conocer, constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante, carentes de toda justificación".

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pamplona de fecha 24-9-01, confirmada por la sentencia del TSJ Navarra de fecha 23-5-02, advierte de una realidad en la que los trabajadores son sometidos a un hostigamiento tal que incluso llegan a presentar síntomas psicósomáticos y reacciones anormales hacia el trabajo y el ambiente laboral, refiriéndose a la situación como aquella en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles.

De este modo, recuerda que el *mobbing* ha sido empleado en la literatura psicológica internacional para descubrir una situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica y sistemática durante un periodo prolongado de tiempo sobre otra persona en el lugar de trabajo; y destaca que una característica de la situación 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.

Tras esta aproximación llega a la siguiente definición:

"Así pues, el concepto de *mobbing* queda definido por el encuadramiento sobre un periodo de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas, por una o varias personas, hacia una tercera: el objetivo."

La sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo dictada del TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 25-9-01, también realiza una primera aproximación al tema que nos ocupa afirmando:

"Esta práctica ha sido definida por los expertos como una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas 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 que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo."

Recientemente el término ha sido descrito por un grupo de expertos de la Unión Europea como:

"un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a 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".

La sentencia no contiene una definición propia de lo que es el *mobbing*, y de las dos definiciones que utiliza, llano es concluir que se manejan conceptos diferentes sobre lo que es el *mobbing*. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo de fecha 28-2-02 afirma que viene considerándose el *mobbing* o acoso moral, como:

"Una forma de acoso en el trabajo, por medio de agresiones verbales, aislamiento social, difusión de críticas o rumores contra esa persona, que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador objeto de la misma."

La sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 26-2-02 se refiere al acoso moral en el trabajo, como:

" Un trato vejatorio continuado".

En esta línea la sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 11-4-02 define el acoso moral como:

"Una situación vejatoria del trabajador, por parte de la empresa." La sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 30-4-02 realiza una aproximación al concepto de mobbing cuando afirma que para que se pueda aludir al denominado recientemente como «mobbing», es necesario que el empresario:

- a) no cumpla los principios de la buena fe;
- b) que su conducta sea degradante;
- c) que la misma contenga una violencia psicológica, entendiendo esta como una actuación prepotente, continuada y reiterativa.

En definitiva, que el empresario abandone por completo sus obligaciones contractuales en perjuicio del trabajador y que, abusando del principio de jerarquía o dirección, convierta el «ius variandi» en una especie de «iter criminis» para decidir sobre los derechos de la personalidad.

Una sentencia primeriza, y de evidente acierto -a mi entender- es la dictada por Juzgado de lo social nº1 de Granada en fecha 24-5-02, al definir el acoso moral (*mobbing*) como:

"Un ataque contra la dignidad, estima e imagen de la persona, constituyendo un ataque repetitivo y duradero en el tiempo cuya finalidad no es otra que, a través de una agresividad que tiene su reflejo de forma no física, destruir, desacreditar, desconsiderar, aislar e incluso, a veces, comprometer la salud del trabajador, con objeto de conseguir un auto-abandono del trabajo, produciendo un daño progresivo y continuo que desintegre la propia dignidad humana."

2.- Concepto de mobbing o presión laboral tendenciosa.

Pero, ¿qué es *mobbing*?, ¿cómo traducimos *mobbing* al castellano?

Mobbing es la presión laboral tendenciosa, la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración.

En lo que sin lugar a dudas es una definición novedosa y que tiene vocación de uniformidad, *mobbing* puede traducirse al castellano con precisión y pleno valor en todos los ámbitos, como presión laboral tendenciosa.

Analicemos esta nueva terminología, en sus requisitos conceptuales.

Presión:

Para que podamos hablar de *mobbing*, es necesario que se ejerza una presión, y que la víctima sienta esa presión.

- Por **presión** se entiende toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque.

La contundencia semántica anterior, obliga así a descartar supuestos de roces laborales que por su nimiedad, no pueden ser aquí incardinados.

Tampoco quedarían incluidos los supuestos que podríamos denominar de presión frustrada o en grado de tentativa, en los que el sujeto destinatario -por los motivos que sean- no llega a sentir la misma.

La presión puede ser explícita o implícita.

La presión normalmente es sin contacto físico, pero también puede darse el caso de que sea con contacto físico.

Laboral:

La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se lleva a cabo, entre personas vinculadas por la prestación de servicios, y en el lugar de trabajo.

Que sea consecuencia de la actividad laboral, implica que la prestación de servicios es la génesis de la situación. Que sea entre personas vinculadas por la prestación de servicios, significa que el sujeto activo y el sujeto pasivo están relacionados laboralmente.

Que la presión se realice en el lugar de trabajo, supone un límite geográfico a su comisión.

Tendenciosa:

Es sin duda el requisito más importante; es el requisito que adjetiva toda la expresión; y es el requisito que conceptúa más nítidamente, cuál es el problema al que nos enfrentamos: la no admisibilidad por la conciencia social de dicha presión laboral.

La tendenciosidad, tanto en su vertiente finalista, como en su vertiente de comportamiento abyecto, se convierte en la columna vertebral del *mobbing*.

A.- Tendenciosidad en su acepción "finalista", significa que la presión laboral "tiende a", o dicho de otra forma que responde a un plan.

- Dicho plan, puede ser explícito o implícito.
- Dicho plan nos otorga el requisito de una permanencia en el tiempo.
- Dicho plan nos otorga el requisito de la reiteración de comportamientos.
- Dicho plan evidencia que el *mobbing* es doloso.

B.- Tendenciosidad en su acepción "abyecta", significa que no es admisible por la conciencia social el resultado que se busca con dicha presión laboral.

Existen otros pronunciamientos, pero a mi modo de ver, la esencia del *mobbing*, la tendenciosidad de este comportamiento abyecto, es la búsqueda de la autoeliminación del trabajador (abandono laboral o en su defecto la baja médica) mediante su denigración.

Este elemento teleológico, me parece fundamental tenerlo siempre presente en toda definición de *mobbing*, pues si algo caracteriza a éste 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: por buscar la autoeliminación de un trabajador, como por realizarlo mediante su denigración laboral.

B-1.- La búsqueda de la autoeliminación laboral es su aspecto esencial, su "FINALIDAD", y es especialmente repugnante para la moral social colectiva, tanto por las consecuencias que tiene para la víctima, como por su cobardía.

B-2.- Mediante su denigración, es la herramienta o "MECANISMO" para alcanzar el objetivo antedicho.

El concepto de denigración es más amplio que la referencia supraescrita del vacío laboral, y entiendo por ello que comprende mejor todos los supuestos posibles de tendenciosidad, los cuales no siempre pasan por el mecanismo del vacío laboral.

El término denigración, definido en el D.R.A.L.E. como ofender la opinión o fama de alguien, a su vez, es una acepción que es perfectamente entendible por el ciudadano como algo factible en la esfera laboral, con lo que también me parece más ajustada que las referencias a la moral -concepto siempre etéreo-, o a la patología de la víctima (búsqueda del daño psicológico), el cual puede llegar a producirse o no.

La denigración que se produce en el trabajo, y ya desde una óptica más jurídica, es aquel comportamiento que se lleva a cabo sin respetar la integridad moral del trabajador; esto es, sin respetar el derecho que tiene a recibir un trato acorde con su condición de ser humano, social, libre y digno; en otras palabras, sin respetar el derecho que tiene todo trabajador a desarrollarse libremente y en sociedad, lo que le protege de comportamientos que transmitan sensación de envejecimiento o humillación.

3.- Ventajas o desventajas de su tipificación

Con mucha frecuencia se ha insistido desde distintos ángulos, para que se establezca por el legislador una regulación específica anti-*mobbing*.

Ante ello lo primero que debe decirse es que el ordenamiento jurídico español es un ordenamiento abierto, que permite afrontar un problema como el *mobbing*, si se conoce qué es el *mobbing*.

Yo sigo sin atreverme a pronunciarme a favor o en contra de una regulación específica anti-*mobbing*, dado que una ley anti-*mobbing* tendría la bondad de su divulgación con los correspondientes efectos de prevención general, pero una legislación deficitaria -y los intentos habidos han sido de este calado-, generaría desprotección a muchas víctimas que hoy día la pueden tener.

Desde luego, por lo que sí me pronuncio, al margen de que llegue o no dicha normativa específica, es por la utilización del ordenamiento jurídico existente, el cual no se está aplicando siempre.

La razón de ello estriba en el desconocimiento real que existente a muchos niveles de lo que es una figura jurídica nueva y compleja, pero que no se supera con el "miedo escénico" que ha empezado a detectarse.

4.- Malos precedentes

PROPOSICIÓN DE LEY DEL PSOE DE 2001.

La Proposición de Ley que elevó el PSOE al Parlamento Español en el año 2001 para la modificación del ET, contenía la siguiente definición de acoso moral:

"toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realiza de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo".

La definición comienza explicando el comportamiento, pero lo hace de una forma disyuntiva, conducta abusiva o conducta de violencia psicológica.

Lo primero que se alcanza a ver, es que la primera abarcará siempre a la segunda, pues una conducta de violencia psicológica en el trabajo forzosamente será una conducta abusiva.

Por otro lado, decir que el *mobbing* es una conducta abusiva es afirmar algo cierto, pero quizás desmedidamente genérico.

Y finalmente, en este primer aspecto, afirmar que el *mobbing* es una conducta de violencia psicológica, nos introduce en el misterio de saber qué es "una conducta de violencia psicológica"; si para que exista *mobbing* tiene que haber un comportamiento "violento", pero no de carácter físico sino psicológico, nos aventuramos en un terreno médico muy peligroso, no sólo porque los especialistas (psiquiatras, psicólogos,...) pasarán a determinar si existe finalmente un problema laboral, sino porque ello va relacionado con la idea de daño psicológico, y como se ha dicho ya en numerosas ocasiones, el *mobbing* existe, se produzca o no daño psicológico.

La definición, tras exponer correctamente que la anterior conducta debe realizarse de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, introduce una inseguridad jurídica clara al decir "manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo".

La forma ejemplificativa que toma la definición, manifestada especialmente, da a entender que existen otros supuestos, además de los consistentes en reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica de trabajador y que pongan en peligro o degraden las condiciones de trabajo, que también serían supuestos de acoso moral.

Dichos supuestos, ciertamente no se alcanzan a ver con facilidad, dado que dicha ejemplificación es suficientemente amplia, pero sobre todo introduce una simplificación de la definición, pues de este modo ya da igual la forma en que se manifieste; para que exista acoso moral bastará que concurra una conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, al margen de cómo se manifieste.

Así, abierta la definición, la inconcreción de los términos: conducta abusiva o de violencia psicológica, vuelve a resurgir como un problema complicado de aquilatar por los Tribunales, en una labor no deseada como es la analogía con el ejemplo.

Finalmente la definición, y dentro de la parte especialmente ejemplificativa, se refiere a los reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo.

Dejando a un lado la parte final, que por su generalidad no debe presentar en principio mayor dificultad, es evidente que la expresión comportamientos, comprende los supuestos verbales y modales; el comportamiento de todo ser humano puede ser verbal y modal, con lo que vuelve a utilizar incorrectamente, un término que engloba a los posteriores.

Sin embargo lo más relevante de este "ejemplo especial", que hubiese tenido que ponderarse por los Tribunales en vía analógica -caso de aprobación de la proposición de Ley-, es que exigía que el comportamiento lesionase la dignidad o integridad psíquica del trabajador, con lo que se establecía un requisito de resultado (daño), tremendamente inhumano y no preventivo; cierto es que la expresión lesionar la dignidad, permitiría anticipar la aplicación del precepto antes de que se produjera el daño psíquico, pero no nos engañemos, la exigencia de que exista una lesión introduce un elemento de tangibilidad, con lo que se obstaculizaba la inmediata protección del sujeto pasivo, quien además debería acreditar dicha lesión.

Sin embargo, y por encima de todo lo dicho, si había algo realmente desafortunado en la definición de acoso moral que contenía la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista de 2001, era la definición de acoso moral penal, o en otras palabras, la protección penal frente al acoso moral. La proposición de Ley 122/000158 de modificación del Código Penal, concretamente de introducción del art.314 bis, establecía el siguiente tenor al precepto:

"1. Los que, mediante reiterado acoso moral o psicológico, degraden o consientan que se degraden las condiciones de trabajo de alguna persona y no cesen o adopten las medidas que eviten el mismo, tras requerimiento o sanción administrativa, serán castigados con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis.

2. Si el culpable de acoso moral hubiera cometido el hecho prevaleándose de una relación de superioridad, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses"

La simple lectura del precepto ya indica que este artículo iba a constituir el perdón penal de los acosadores.

Con la excusa de evitar una prejudicialidad penal que pudiese obstaculizar la acción de la jurisdicción laboral, el precepto limitaba la posibilidad de actuar penalmente contra los acosadores, a que previamente hubiese un incumplido requerimiento o sanción administrativa, para que cesaran en su comportamiento o adoptaran las medidas que evitasen el mismo.

El precepto ya comenzaba con la expresión "mediante reiterado acoso moral o psicológico", con lo que generaba una duda desde el primer momento, como era saber qué era un reiterado acoso moral.

El acoso moral por definición:

Por la propia definición propuesta por el Partido Socialista para modificar el Estatuto de los Trabajadores es una conducta sistemática, un comportamiento reiterado, con lo que dicha expresión inicial **-reiterado-** introducía la duda, de si era una expresión carente de valor añadido, o exigía varios casos de acoso moral.

Pero el núcleo del precepto, y de la desprotección de las víctimas de *mobbing*, surgía cuando a continuación el artículo exigía para su punición, que el acosador no cesase o adoptase las medidas que evitaran el mismo, tras requerimiento o sanción administrativa.

Si para sancionar penalmente a un acosador, era preciso que previamente fuera "avisado" de su mal hacer, y pese a ello continuase en sus trece, está claro que este precepto estaba otorgando "el perdón penal a los acosadores".

Una persona que durante semanas y meses, ha sido capaz de dirigir una violencia psicológica extrema contra otra, generándole un sufrimiento perceptible, y que finalmente ha provocado una lesión psíquica en la víctima (*mobbing* devastador o penal), en el momento que sea requerido o sancionado administrativamente, se guardará mucho de continuar; pero el daño ya está hecho, y no existe motivo alguno para no sancionar a quien ha causado dicho daño.

Un interrogante que surge de forma clamorosa, es por qué el ordenamiento penal no exige al acosador sexual un aviso previo, y sí lo exige al acosador moral; por qué cuando estamos hablando de casos de acoso sexual (Art.184 CP), no hay ningún problema de prejudicialidad con las acciones laborales, y sí que lo hay cuando estamos delante del acoso moral.

La exigencia de que con carácter previo a la intervención del ordenamiento jurídico penal, el agresor sea advertido, y sólo con el desobedecimiento a dicha advertencia actúe el Art. 314 bis propuesto, convertía la figura penal, en la figura del perdón para todo aquél acosador no recalcitrante, otorgando un trato de favor a este agresor, sin parangón.

Por suerte para las víctimas esta proposición de Ley no fue aprobada, y no se cerró las puertas del Código Penal, para unas personas que dolosamente causan un enorme sufrimiento, y finalmente una lesión.

LA LEY 62/2003

A finales de diciembre del año 2003 comenzó a extenderse el rumor de que el Gobierno iba a proceder a la regulación legal del *mobbing*, y que esta regulación vendría en la ya conocida como "ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado".

La lectura final del BOE, evidencia el todavía gran desconocimiento que existe en la sociedad sobre lo que es el *mobbing*.

La Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que es como se denomina específicamente, comienza estableciendo en su Exposición de Motivos, que el Título II denominado "De lo Social", regula diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, en un reforzamiento de la no discriminación por todas las causas amparadas por el Art.14 de la CE.

Lo primero que choca es que si la regulación tuviese como finalidad corregir conductas de *mobbing*, no parece que la igualdad de trato o la no discriminación, debieran ser los puntos de partida; parecería más adecuado arrancar de principios como la dignidad humana (Art.10 CE), o la integridad moral (Art.15 CE).

Pero a continuación la E. de M. empieza a aclarar el origen de la misteriosa legislación, al afirmar que lo que hace es la obligada transposición de dos directivas de la CEE (la 2000/43 y la 2000/78), relativas a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación frente a la discriminación basada en la religión, convicciones, discapacidad, edad, y orientación sexual.

A estas alturas de la Exposición de motivos ya se podría anticipar que la nueva regulación, si afrontaba el *mobbing*, lo haría de una forma parcial, pues los casos que no tuvieran una conexión con la raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual, quedarían fuera de la misma.

Resaltar por lo tanto que la voluntad de aplicar el principio de igualdad de trato y no discriminación, no es general, sino limitado a dichas condiciones personales y en los términos que en cada una de sus secciones se establecen.

A continuación la norma advierte que el Capítulo III será de aplicación, a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado, y esta afirmación tiene bastante importancia porque sirve para resolver alguna duda posterior, como saber cuál es la definición de acoso aplicable a la Administración.

El Art.28 contiene una serie de definiciones, aplicables al Capítulo III, de las que destacan para el caso que nos compete las siguientes:

a) Principio de igualdad de trato:

la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona.

d) Acoso:

toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

1.- La Ley 62/2003 crea una nueva figura jurídica: el ACOSO.

Lo primero que se debe decir es que la Ley 62/2003 crea una nueva figura jurídica, inexistente hasta este momento en nuestro ordenamiento jurídico, cual es la del acoso.

El acoso pasa a ser a partir de esta norma una institución jurídica, perfectamente delimitada, y cuyos contornos son la relación con el origen racial-étnico, la religión-convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Esta figura ya tenía un antecedente directo en la definición de acoso por discapacidad de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, donde se contiene la definición de conducta de acoso, como "toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

Teniendo en cuenta que **la figura de acoso** de la **Ley 62/2003**, comprende también las conductas relacionadas con la discapacidad, parece desprenderse de ello que el Legislador ha optado por la creación de la figura jurídica del acoso de forma progresiva, conteniendo la definición del acoso de la Ley 62/2003, la definición de la conducta de acoso relacionado con la discapacidad que ya teníamos en la Ley 51/2003.

A tal proceder automáticamente se le puede recriminar la ansiedad con la que ha actuado el Parlamento, pues en menos de un mes se ha procedido a regular dos veces el acoso relacionado con la discapacidad, pero también se le puede censurar que -sorprendentemente- la definición, aunque próxima, no sea la misma, como lo revela el siguiente cuadro:

Ley 51/2003 Ley 62/2003

- Comienza diciendo que es *Toda conducta relacionada...*
- Comienza diciendo que es *Toda conducta no deseada relacionada...*
- Establece como requisito *...atentar contra su dignidad o crear un entorno...*
- Establece como requisito *...atentar contra su dignidad y crear un entorno...*
- El entorno creado puede ser *...intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.*
- El entorno creado puede ser *...intimidatorio, humillante u ofensivo.*

Más que la derogación de una Ley por otra Ley, llevada a cabo en plazo inferior a un mes, la cuestión creo que se debe plantear como la génesis de una figura jurídica nueva -el acoso-, que se inició en referencia a la discapacidad, y que inmediatamente se amplió al origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Pero es bueno reparar, hilando muy fino, que se podría ver unas mayores exigencias en la Ley 62/2003, que en la Ley 51/2003, dado que la ampliación en cuanto al entorno que hace esta última Ley, no tiene mayor realidad, mientras que las exigencias de que la conducta sea "no deseada" y además que tenga como objetivo o consecuencia "acumulado" la dignidad y la creación de un concreto entorno, son extremos más rigurosos desde el punto de vista de la prueba. En mi opinión, el supuesto de un acoso por discapacidad (Ley 51/2003), que debiera entenderse desprotegido por la nueva definición de acoso (que comprende la discapacidad Ley 62/2003), en virtud del aforismo "Ley posterior deroga Ley anterior", es difícil de imaginar en la vida real, pero quizás, y desde una óptica meramente científica, podría plantearse en supuestos donde no sea la víctima quien denuncie la situación.

En estos casos, dado que la Ley 62/2003 incorpora un elemento de subjetividad a la definición -que no tenía la definición de la Ley 62/2003- cual es que la conducta no sea deseada por la víctima, nos encontraremos con una dificultad insalvable para corregir el acoso, cuando no contemos con la colaboración de la víctima.

Sirva ello como toque de atención si se pretende actuar contra el acoso “desde fuera” de la relación sujeto activo – sujeto pasivo.

2.- El acoso no comprende toda conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Sólo existirá acoso si la conducta está relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Es lo que se puede definir como el acoso por raza-etnia, religión-convicción, discapacidad, edad u orientación sexual, y este es el acoso que está regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

Así una conducta de este tipo que se llevara a cabo contra una persona gorda por su condición física, no sería acoso. Lo mismo podría decirse si fuera calva, tuviera las orejas grandes,...etc.

3.- El acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, no es el *mobbing*.

Un primer indicio de que este acoso no es el *mobbing* lo aporta las exigencias que adjetivan el acoso (raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual), que son precisamente bastante manifiestas o externas, de tal forma que frente a dichos comportamientos, por un lado los Tribunales han podido dar amparo en aplicación directa del art. 14 CE -como parte del ordenamiento jurídico-, y por otro lado el sujeto pasivo se ha dado cuenta enseguida del motivo de dicha conducta.

En el *mobbing*, esa facilidad por el carácter externo de las circunstancias personales, no existe; se trata de un comportamiento que frecuentemente no es detectado por la víctima hasta pasado bastante tiempo, y cuya falta de conexión palpable con una condición personal del sujeto pasivo, dificulta el amparo por los Tribunales.

A su vez el acoso por raza-etnia, religión-convicción, discapacidad, edad u orientación sexual, se produce por toda conducta.

En el *mobbing* nunca existe una sola conducta que legitime a decir que nos encontramos ante un supuesto de *mobbing*, porque precisamente una de sus características fundamentales es la actuación en el tiempo (conducta reiterada).

Desde Leymann hasta nuestros días, todos los que nos hemos dedicado a estudiar esta materia, hemos subrayado ese comportamiento mantenido en el tiempo, al estilo de “la gota malaya”, donde no es la gota considerada individualmente la que causa el daño, sino la reiteración finalista de dicha gota, la que evidencia su crueldad y causa el daño. Por ende, el *mobbing* no es “toda conducta”.

4.- La estructura del acoso (Ley 62/2003) es de imposible utilización para el *mobbing*. Aparte de zanjar aquí que el acoso regulado en España no comprende el *mobbing*, considero importante delimitar otra tentación, como es que esta definición pueda servir para una futura regulación del *mobbing*.

El hecho de que la Ley 62/2003 al definir el acoso mantenga una estructura muy similar a la conducta de acoso por discapacidad que reguló la Ley 51/2003, pero también a la definición de acoso sexual dada por la Comisión de las Comunidades Europeas, puede llevar a la idea de que la regulación del *mobbing* -de lo que muchos denominan acoso moral-, sea una cuestión de mera voluntad política porque la estructura de la definición ya la tendríamos.

La cuestión en absoluto es tan meridiana, y para su demostración, quizás la mejor forma de evidenciarlo sea analizando la estructura de la definición del acoso, en donde inmediatamente aparecen 3 elementos vertebradores:

1) Toda conducta no deseada + relación con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Como elemento a destacar de la definición de acoso se puede indicar que la misma comience con la expresión “toda conducta no deseada”, y ello es así porque automáticamente bastará un sólo comportamiento de estas características, para que se pueda actuar.

La razón de esta contundencia -un solo comportamiento, una sola conducta-, no lo dice la Ley, pero sin lugar a dudas debe buscarse en lo evidente o indubitado de la trasgresión que se lleva a cabo; cualquier conducta relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, va a ser tangible, perceptible, porque las condiciones personales antedichas también son tangibles o perceptibles por la comunidad, y consecuentemente, una sola conducta de este tipo, puede denotar la antijuridicidad de la conducta.

Este planteamiento no podría ser aplicado al *mobbing* en una futura regulación, porque en él, la conducta no tiene ese carácter grotescamente infractor.

Se trata precisamente de una sucesión de comportamientos que analizados individualmente, se encuentran en el límite de la legalidad, o mejor dicho, dentro de lo que es una prestación de servicios cotidiana, por lo que una sola conducta no va dicha infracción tangible al ordenamiento jurídico; sólo la consideración en su conjunto de todas esas conductas padecidas por la víctima, darán unicidad a la situación y podrán evidenciar la antijuridicidad del comportamiento.

Una segunda dificultad que presenta este primer elemento vertebrador de la definición de acoso en la Ley 63/2003, para ser utilizado en una futura definición del *mobbing*, es que la conducta queda adjetivada por la relación con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual; en la Ley 51/2003 el acoso es por discapacidad; y en el acoso sexual el adjetivo indetificador del acoso es la conducta libidinosa.

En el *mobbing* no existe este calificativo. ¿Con qué se podría relacionar el comportamiento en el caso del *mobbing*?

¿Con la moral -para los que defienden el término acoso moral- ?

¿Con la psique -para los que defienden el término acoso psicológico?

En mi opinión, la definición no podría ser del tenor "conducta no deseada relacionada con la moral de víctima" o "conducta no deseada relacionada con la moral colectiva", o "conducta no deseada relacionada con la psique de la víctima", y ello es así, no sólo porque la definición de dichos adjetivos es muy problemática (qué es la moral de la víctima, qué es la moral colectiva, qué es lo psicológico de la víctima), sino también porque en el fondo -como luego se detallará- todos los acosos anteriores, constituyen también una trasgresión de la moral o la psique de la víctima, por lo que no tendríamos ningún adjetivo indetificador del *mobbing*.

2) Que tenga como objetivo o consecuencia Éste elemento vertebrador en la definición de acoso, tiene como virtud, no dejar resquicios de impunidad, al ser una fórmula suficientemente amplia.

Lo cierto es que al contener esta definición la opción de que la conducta tenga dicho objetivo o consecuencia, llegamos a la conclusión de que en realidad, quizás bastaría con que el legislador hubiera recogido la expresión ...que tenga como consecuencia.., porque el supuesto de un acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, que tenga por objetivo pero no como consecuencia, atentar a la dignidad y crear el entorno laboral hostil, se acierta a entrever como prácticamente inexistente.

Lo relevante de todas formas, y por lo que considero que no podría utilizarse la expresión mencionada - ...que tenga por objetivo o consecuencia...-, es que la definición de *mobbing* que no contenga su elemento finalista, omite su elemento nuclear, dado que si algo caracteriza al *mobbing* es ese elemento finalista; si de verdad hay algo que hace que el *mobbing* tenga la crueldad que tiene, es que es una conducta deliberada que busca un resultado.

El *mobbing* es doloso; el *mobbing* no es un accidente que ha acaecido, o un exceso verbal que se ha tenido un día.

El *mobbing* es una conducta sostenida en el tiempo de forma consciente y voluntaria, buscando un resultado final.

La supresión del elemento finalista en el acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de la Ley 62/2003, o en acoso por discapacidad de la Ley 51/2003, o incluso en el acoso sexual, al indicarse que puede producirse tanto si es ese el objetivo, como si esa es la consecuencia, se debe sin lugar a dudas a lo grueso de la conducta, por lo abiertamente antijurídico de la misma.

Pero en el *mobbing*, ni va a existir dicho comportamiento individual flagrante y evidente, ni es ese el núcleo de su gravedad; el núcleo es que nos enfrentamos a un comportamiento sibilino sucesivo, pero destinado a un fin, con plena consciencia y voluntad de ello, y por lo tanto, si esa conducta finalista es el núcleo del *mobbing*, dicho elemento no puede desaparecer de una hipotética definición, como lo haría de facto si se utilizara la expresión ...como objetivo o consecuencia..., otorgando al comportamiento generador del *mobbing* una nota de accidente fortuito.

3) Atentar a la dignidad + crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo La definición no llega a explicar qué se entiende por dignidad, pero es comúnmente aceptado que la dignidad de la persona (Art. 10 CE) es el derecho que tiene toda persona a ser tratada como tal, por el hecho de serlo.

Debe repararse en que la definición del acoso por discapacidad de la Ley 51/2003 hace referencia, por un lado, a otra enumeración "...un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo". Y por otro lado que, en la actual "promulgación de leyes sin solución de continuidad", la Ley 51/2003 estableciera en su definición como tercer elemento vertebrador la conjunción disyuntiva (o), en lugar de la conjunción conjuntiva (y) que hace la Ley 62/2003.

De esta forma, si analizamos el acoso por discapacidad conforme a la Ley 51/2003 bastaría con que hubiese un ataque a la dignidad o la creación de dicho entorno laboral, para que se diera el acoso; mientras que de esta forma, si analizamos el acoso por discapacidad conforme a la Ley 62/2003, será necesario que concurren acumuladamente los requisitos del ataque a la dignidad, y la creación del entorno laboral proscrito.

Como conclusión de todo lo anterior se podría decir, que la proximidad lingüística entre las expresiones "acoso" (Ley 62/2003) y "acoso moral" (*mobbing*), no debe confundir a los usuarios de esta última expresión sobre una proximidad jurídica entre ambas instituciones, que no existe, siendo ello una razón más para traducir al castellano el término *mobbing* como presión laboral tendenciosa.

5.- Las consecuencias de una regulación explícita incorrecta, no acaban aquí.

La dificultad que genera el Legislador con la técnica utilizada en la Ley 62/2003, no debe hacer perder de vista la existencia de otros artículos, que influyen de una forma u otra en lo expuesto, como es el Art.37.

Este artículo modifica el Art.4-2-e del E.T., incluyendo entre el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, la protección frente al acoso por razón de su origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

A su vez introduce el Art.54-2-g del ET, considerando incumplimiento grave y culpable del trabajador que legitima su despido, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

De esta modificación que se realiza en el Estatuto de los Trabajadores, debe destacarse una cuestión, aparentemente no detectada, y es que la misma se muestra dispar -o lo hace con distinto rasero- a la hora de medir la conducta del trabajador y del empresario, cuando se trata de sancionar este tipo de acoso.

El hecho de que se haya modificado el Art. 54-2-g ET, y no se haya modificado el Art.50 del ET, conduce a que una conducta de acoso por razón de raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, que lleve a cabo el trabajador, puede suponer su despido, porque la definición del Art.28 -que es de aplicación porque el Art. 37 modificador del ET se encuentra en el mismo capítulo III-, considera acoso "toda conducta".

En cambio ese mismo comportamiento individual, si lo lleva a cabo el empresario y es el trabajador quien solicita la extinción de la relación laboral conforme al Art.50 ET, tendrá que demostrar que dicho comportamiento unitario, constituye un incumplimiento grave de sus obligaciones como empresario; es decir, el trabajador tendrá que demostrar una gravedad del empresario que no le otorga la Ley, como sí hace con el empresario respecto a la conducta del trabajador; con lo que se puede concluir afirmando que esta disposición legal por la igualdad y no discriminación, llega ella misma a producir una muy curiosa, al tratar con distinto rasero el acoso, dependiendo de si lo realiza un empresario, o un trabajador.

También es ejemplo de las dificultades de una regulación explícita el Art.40. Con este artículo se modifica la LPL, incorporando en el Art.181 -tramitación por la modalidad de tutela de derechos fundamentales-, las demandas por acoso, que pasa a tener el siguiente redactado:

"Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo.

En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos”.

Esta modificación lleva aparejada consecuencias importantes:

1.- La primera de ellas es que por acoso se entiende sólo un tipo de acoso -en concreto el acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual-.

Contrariamente a lo que manifiestan algunos autores, que entienden que el Art.181 LPL es un avance en la lucha contra el *mobbing* por permitir canalizar todo tipo de acoso (y por lo tanto el acoso de la Ley 62/2003, pero también el acoso moral), considero que el Art.40 de la Ley 63/2003 se encuentra dentro del Capítulo III, y por lo tanto sometido a lo dispuesto en el redactado del Art.28, cuando dice, que a los efectos de este Capítulo se entenderá por acoso, toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Es decir, no basta hacer una traducción de *mobbing* por el término acoso moral, para que se pueden canalizar los supuestos de *mobbing* por el Art.181 LPL -que utiliza la expresión acoso- ; como por otro lado tampoco sería camino procesal adecuado para otras traducciones del tenor, acoso inmobiliario, acoso electoral, acoso mediático,...etc. .La figura jurídica “acoso”, tiene en nuestro ordenamiento jurídico unos límites claros, que son los del la Ley 62/2003, y ello por imperativo del Art.28, con lo que no se puede buscar más bondades de las literales.

En puridad, ni siquiera el acoso sexual entraría por esta vía explícita creada. Otra cosa es, y creo no equivocarme, que los Tribunales de Justicia canalicen el supuesto de acoso sexual, por la vía general de los derechos fundamentales del Art.181 LPL, entendiendo que en el acoso sexual quedan vulnerados derechos como la intimidad, honor,...pero no deja de ser llamativo, que la técnica legislativa de limitar la definición de acoso, conduzca a este resultado.

2.- Pero sin lugar a dudas la consecuencia más relevante de este nuevo Art.181 LPL conectado con el Art.28 de la Ley 62/2003 es que en mi opinión, la expresión acoso moral ha caído en desgracia con esta regulación, y ya no porque todos los acosos regulados son un ataque a la moral o la psique de la persona (¿o es que acaso alguien duda de que la persona afecta a un acoso sexual, a un acoso por discapacidad, o a un acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, no está sufriendo un ataque a su moral o a su psique?), sino porque a partir de ahora, la proximidad terminológica entre acoso y acoso moral, puede conducir a un resultado desfavorable para la víctima de *mobbing*, si no concurren -como suele ser lo normal- circunstancias relativas a raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

La víctima de *mobbing* -traducido por la inmensa mayoría al castellano como acoso moral- que acuda a los Tribunales manifestando que es víctima de acoso, se puede encontrar con una reacción del Magistrado, interrogándole sobre la existencia de características personales como la raza-etnia, la religión-convicciones, la edad o la orientación sexual; y si la respuesta es negativa -como ocurre en la inmensa mayoría de los casos de *mobbing*-, obtenga una respuesta judicial desestimatoria porque conforme al Art.181 LPL en relación con el Art..28 de la Ley 62/2003, no es víctima de acoso.