

Capítulo 21

El acoso laboral y la protección del informante

JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO

*Catedrático de Universidad. Área de Derecho Administrativo
Universidad Miguel Hernández de Elche*

Este trabajo tiene su base en el texto redactado para la Ponencia del Autor, del día 28/9/2023, en el *VIII Congreso Internacional de Transparencia y Gobierno Abierto*, celebrado en la Universidad de Alcalá de Henares, del 27 al 29/9/2023, dentro del Grupo de Trabajo «GT23-06.- La Ley 2/2023 sobre informantes de infracciones normativas y corrupción».

1. LA DOBLE FACETA DEL ACOSO EN EL ÁMBITO QUE NOS OCUPA: COMO ACTUACIÓN ANTIJURÍDICA INICIAL DE LA QUE SE INFORMA, POR UN LADO, Y COMO REPRESALIA AL QUE HA INFORMADO, POR OTRO

1.1. La Directiva de la Unión Europea 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (en su art. 19, letra g) y la Ley española de transposición de la misma —Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción— (en su art. 36.3, letra b) mencionan expresamente el acoso *in genere* como una de las usuales *represalias al informante* de vulneraciones de la legalidad protegidas por dicha legislación.

Pero se ha destacado que también hubiese sido interesante su mención expresa, en dicha legislación, cuando constituye el objeto de la infracción del Ordenamiento jurídico inicialmente denunciada, como ha hecho la legislación francesa (art. 1152-2 del Código Laboral modificado por la Ley 401-2022) (1) .

1.2. La Ley española ha recortado el ámbito objetivo de la protección del informante (respecto de lo recogido en el Anteproyecto de dicha Ley, de marzo de 2022) a los supuestos en los que las vulneraciones de la legalidad sean constitutivas de *infracciones penales e infracciones graves o muy graves objeto de sanción administrativa* (art. 2.1.b), dejando sin protección al informante en los casos en los que las vulneraciones del Ordenamiento jurídico no sean ni infracción penal, ni infracción grave o muy grave, objeto de sanción administrativa.

Pero no debería ignorarse que el Considerando 32 de la Directiva 1937/2019 dice que «los denunciantes deben tener derecho a protección en virtud de la presente Directiva si tienen motivos razonables para creer que la información comunicada entra dentro de su ámbito de aplicación».

De todos modos, existen situaciones de acoso laboral que están tipificadas como delito y otras como infracción administrativa disciplinaria muy grave (en el ámbito de los empleados del sector público) o como infracción administrativa sancionadora muy grave, en el ámbito de los empleados del sector privado, que, por lo tanto, son susceptibles de protección del informante, en todo caso.

¿Pero, qué ocurre si, finalmente, no llegan a ser calificadas como delito o infracción sancionable, por no alcanzar

el índice de gravedad de las actuaciones o porque no se cumplan otros requisitos para hacerlo (como la concurrencia de culpa en el acosador) o el acosado no opte por denunciarlo como tal delito o infracción, sino simplemente como objeto del ejercicio de las acciones de protección de derechos fundamentales, de resolución del contrato de trabajo, etc.? Sobre esta cuestión nos pronunciaremos al final del presente trabajo.

1.3. Otro problema viene determinado por la deficiente distinción entre «*actos hostiles o humillantes*», por un lado (que gira sobre el elemento calificado como *vejación*, según la terminología de la jurisprudencia del TC español), y «*trato degradante*», por otro, que incluye el art. 173.1, párrafo tercero, del CP, al tipificar el delito de acoso laboral, pues, según la jurisprudencia del TEDH, «*actos hostiles o humillantes*» y «*trato degradante*» coinciden y de lo que se diferencian es de los «*tratos inhumanos*».

Por lo tanto, lo que tenía que haber recogido el citado precepto penal, en su tipo, es «*actos hostiles o humillantes* que, sin llegar a constituir trato *inhumano*, supongan grave acoso contra la víctima».

1.4. Y otra cuestión que no debe olvidarse tampoco es que se ha impuesto, *en relación con el personal funcionario o estatutario, la competencia de la jurisdicción social frente a la contencioso-administrativa, en relación con todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales o que se relacionen con incumplimientos por parte de las entidades empleadoras de la legislación de prevención de riesgos laborales.*

2. RESUMEN DE LOS REQUISITOS DEL ACOSO LABORAL Y LAS APORTACIONES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE PARA LA LUCHA CONTRA EL MISMO

2.1. LOS REQUISITOS DEL ACOSO LABORAL A CONSIDERAR EN LOS DISTINTOS TIPOS DE ACCIONES Y PRETENSIONES EJERCITABLES ANTE EL MISMO

Si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH, del TC español, de la Sala de lo Penal del TS, de la Sala de lo Social del TS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS y de la Sala de lo Civil del TS, cabe concluir que:

2.1.1. Elemento objetivo

El elemento objetivo del acoso laboral viene determinado por las «*actuaciones hostiles o humillantes hacia otra persona sin llegar a ser degradantes*» (terminología del art. 173.1, párrafo tercero CP) o *creación de un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima* (terminología de la Resolución de 5 de mayo de 2011 que aprueba y publica el Protocolo de actuación (2)), *con hostigamiento psicológico hacia la misma* (expresión que se utiliza en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce tal delito, semejante a la expresión «conductas de violencia psicológica», usada en el concepto de acoso de la Resolución de 2011 aprobatoria del Protocolo sobre la materia).

Viene a coincidir con el elemento «*vejación*», según la terminología de la jurisprudencia del TC (STC 56/2019), que este identifica con el *resultado efectivo de trato humillante o de actuaciones objetivamente idóneas para producirlo* siempre y cuando estén *ausentes de cobertura legal y lesiva del principio de proporcionalidad y sus tres juicios* (de adecuación, necesidad y ponderación) (3) .

a) *Pero hay que excluir como necesario para el mínimo de acoso laboral exigible en el Derecho Penal que tales actuaciones hayan desembocado en el nivel superior de gravedad de trato.*

Ese nivel superior de gravedad en el trato lesivo del derecho a la integridad moral que no es necesario que concurra, en la literalidad del tipo penal del art. 173.1, párrafo 3.º, viene calificado como «*trato degradante*», porque lo que incluye son «*actos hostiles o humillantes [...]* sin llegar a constituir trato degradante».

Sin embargo, en la jurisprudencia del TEDH, el «trato degradante» viene a coincidir con el trato humillante, sin necesidad de que desemboque en trastornos o sufrimientos psíquicos (4) , mientras que el nivel superior de gravedad de trato viene dado por el denominado «trato inhumano», que se genera cuando se producen «sufrimientos físicos o psíquicos provocados voluntariamente con una intensidad particular» o «lesiones corporales reales o sufrimientos físicos o psicológicos graves» (5) .

Así pues, como el parámetro último es el de la jurisprudencia del TEDH (por haber ratificado España el Convenio

Europeo de Derechos Humanos (6) y derivarse la vinculación por dicha jurisprudencia del art. 10.2 CE), lo que tendría que decir el citado art. 173.1, párrafo 3.º, es que el delito se comete cuando se realizan «actos hostiles o humillantes [...] sin llegar a constituir *trato inhumano*» (junto a los demás requisitos que veremos: gravedad, reiteración...) y así debería interpretarse; por lo que no puede exigirse para su aplicación «lesiones corporales reales o sufrimientos físicos o psicológicos graves» (que es lo que nuestro TC denomina «menoscabo»).

b) Lo mismo debería predicarse, en el caso de enjuiciamiento del acoso laboral como *infracción administrativa sancionadora general en el orden laboral* (en el RDLegislativo 5/2000 —LISOS—) o como *infracción disciplinaria de los empleados públicos* (en el RDLegislativo 5/2015 —EBEP—), por el principio de intervención mínima del Derecho Penal, que exige castigar como sanciones penales las conductas más graves (7), de modo que no tiene sentido exigir mayor gravedad para las infracciones administrativas sancionadoras.

c) Y, fuera del ámbito penal y del administrativo sancionador, ¿cuál es el nivel de exigencia para entender que hay lesión del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE en el recurso de amparo ante la jurisdicción del TC y en las vías judiciales previas (contencioso-administrativa, social y civil)?

Las afirmaciones del TC parecen exigir el denominado *menoscabo* (padecimiento físico, psíquico o moral o riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, con peligro grave y cierto de ello o, al menos, actuaciones con la potencialidad de hacerlo (8)) para el *trato degradante* y la lesión del derecho del art. 15 CE (9); con lo cual también estarían en disonancia con la jurisprudencia del TEDH, porque ello no sería para este último Tribunal *trato degradante*, sino *trato inhumano* y, para el *trato degradante*, sólo se exige el *trato humillante* con cierta gravedad, pero sin requerir el resultado de lesiones o sufrimientos físicos o psicológicos graves.

Y ya hemos invocado que, siendo lo característico del Derecho Penal tipificar y castigar las conductas más graves, según el principio de intervención mínima, ¿tiene sentido que se exija para la protección en el recurso de amparo ante la jurisdicción del TC y en las vías judiciales previas (contencioso-administrativa, social y civil) un nivel de gravedad del resultado superior al recogido en el Código Penal (menoscabo en lugar de mera vejación) y en posible contradicción con la jurisprudencia del TEDH?

Máxime, si tenemos en cuenta que las peticiones del actor y pronunciamientos posibles del fallo de la sentencia, en el recurso de amparo y, por ende, en las citadas vías judiciales previas al recurso de amparo (10), son las del art. 55.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que no incluyen sanciones, sino: a) en su vertiente declarativa: el reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado y la «declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos»; y b) en su vertiente de condena: el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la *adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación*».

Pretensiones y pronunciamientos que se vienen a reiterar, con añadidos, en el art. 182 de la Ley 36/2011, reguladora de jurisdicción social, y en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil de daños al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (que contempla como medida de la tutela judicial el cese inmediato de la intromisión sufrida en el derecho y la reposición del estado anterior).

A nuestro entender, si lo que se persigue en el recurso de amparo y en las pretensiones ejercitables en las vías judiciales previas a este no es sancionar a nadie, sino la *adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para la conservación del derecho o sea para que no se siga lesionando*, no tiene sentido un nivel de exigencia mayor que en el ámbito penal y, por tanto, lo que debería exigirse, en la vía de amparo constitucional ante la jurisdicción del TC y en las vías judiciales previas (contencioso-administrativa, social y civil), sería el *trato degradante en el sentido de la jurisprudencia del TEDH*, que exige sólo vejación (trato humillante), con cierto nivel de gravedad, pero no necesariamente *menoscabo* (resultado de lesiones o sufrimientos físicos o psicológicos graves).

d) Lo mismo cabe decir si la pretensión es la de indemnización de daños y perjuicios en las jurisdicciones social, civil y contencioso-administrativa.

Tal pretensión es contemplada expresamente por el art. 182.1.d de la Ley 36/2011, reguladora de jurisdicción social, al referirse a los pronunciamientos de la sentencia de amparo judicial previo al amparo constitucional, en la citada jurisdicción social, por la lesión del derecho fundamental en cuestión; añadiendo el art. 183.1 de la misma Ley que versará sobre el daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental y sobre los daños y perjuicios adicionales derivados.

E, igualmente, aparece prevista en el art. 9.2.c. de la citada Ley Orgánica 1/1982, como medida necesaria de la tutela judicial para poner fin a la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales protegidos por tal Ley Orgánica.

Parece claro que, en el caso de los *daños y perjuicios objetivos* y probados, es suficiente la *vejación* (en la lesión del derecho a la integridad moral del art. 15 CE) o la *mera intromisión legítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, determinada por las actuaciones enumeradas en el art. 7 de la referida Ley Orgánica 1/1982 (que, además, dice, en su art. 9.3, que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima).

Pero, si lo que se está evaluando es el *daño moral*, sí que tiene sentido exigir *menoscabo* (resultado de *lesiones o sufrimientos físicos o psicológicos graves* o *riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse*, con peligro grave y cierto de ello o, al menos, actuaciones con la *potencialidad de hacerlo*), porque el menoscabo incide en el concepto mismo de daño moral.

Así, nos dice el art. 105.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (tras su reforma producida por la Ley 35/2015), que «(s)e entienden ocasionados los daños morales complementarios por *perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial* cuando una sola secuela [...] o el resultado de las concurrentes [...]» alcancen determinados puntos, según la escala establecida en dicha Ley.

Y, antes, en la jurisprudencia del TS, Sala de lo Civil, se había explicado el daño moral como «*sufrimiento o padecimiento psíquico [...] o espiritual [...] impotencia, zozobra, ansiedad, angustia [...]*» (11) .

e) E, igualmente, debería bastar la vejación (actos humillantes u hostiles graves, sin cobertura legal y sin respetar el principio constitucional de proporcionalidad, u *objetivamente idóneos para producir efectivamente ese resultado*), sin necesidad de menoscabo (resultado de lesiones o sufrimientos físicos o psicológicos graves o riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, con peligro grave y cierto de ello o, al menos, actuaciones con la potencialidad de hacerlo), para poder ejercer la pretensión de *resolución extintiva del contrato de trabajo del art. 50.1.a del Estatuto de los Trabajadores* —R.D.Legislativo 2/2015—, ante la jurisdicción social.

Así se manifiesta en STS, Sala Social, de 11 de marzo de 2004 (Roj: STS 1674/2004), en la que inicialmente sólo se incluyó la citada pretensión de resolución contractual del contrato de trabajo del art. 50.1.a ET y sólo se exigió, en relación con tal pretensión, el «*trato vejatorio continuado*» al que alude en su FJ. 1 (párrafo primero), por la calificada como «persecución laboral de que fue objeto por parte de la demandada», a la que también se alude en su FJ. 1 (párrafo primero).

2.1.2. Gravedad

En cuanto a la gravedad de la «vejación» (de dichas actuaciones humillantes, sin cobertura legal y sin proporcionalidad, u objetivamente idóneas para producir tal humillación), entendemos que el nivel de gravedad exigido no puede ser el mismo para todo tipo de pretensiones que se ejerzan en las distintas jurisdicciones en relación con situaciones de acoso laboral.

a) En la jurisprudencia del TEDH, se exige que la *humillación* requerida para el «trato degradante» «*alcance un nivel particular de gravedad*», «un mínimo nivel de gravedad» (12) .

b) En el ámbito penal, el Código Penal exige expresamente que, para que sea calificado como delito, las actuaciones de acoso han de ser graves («grave acoso contra la víctima» —dice—); lo que es lógico, según el principio de intervención mínima ya destacado.

Y, para enjuiciar tal gravedad, se ha invocado (13) que cabe aplicar la jurisprudencia del TEDH al efecto, que, para calibrar la gravedad de un hecho susceptible de violar el art. 3 del Convenio Europeo, destaca, en diversas sentencias, que *debe estarse al conjunto de las circunstancias de cada caso*, entre las que cita «la *duración* de los malos tratos, sus *efectos físicos y mentales* y, en algunos casos, *el sexo, la edad y el estado de salud* de la víctima» (14) .

Así pues, lógicamente, es apreciable como indicador de la gravedad si, además de vejación, ha habido menoscabo (generación en la víctima de «un padecimiento físico, psíquico o moral» o peligro grave y cierto de ello o, al menos, con «potencialidad de hacerlo»), aunque no sea absolutamente necesario.

c) En el caso del ejercicio de pretensiones vinculadas a la invocación del acoso laboral como *infracción administrativa sancionadora general o disciplinaria, en el marco de relaciones laborales del sector público y del sector privado*, también tiene sentido exigir cierto nivel de gravedad, porque tales infracciones están tipificadas como faltas muy graves (art. 95.2, letra o, del RDLegislativo 5/2015) e infracciones muy graves (arts. 8.11, 8.13bis, 13.9 y 13.10 del RDLegislativo 5/2000). Pero tal nivel de gravedad exigido tendría que ser menor que el requerido para ser delito, por el principio penal de intervención mínima de castigo de las sanciones más graves.

d) *En la jurisprudencia de nuestro TC sobre la lesión del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE* (base, a su vez, de lo exigido para la vía judicial previa al recurso constitucional de amparo, ya sea en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea en la jurisdicción social, ya sea en la jurisdicción civil), las manifestaciones del TC parecen exigir el denominado *menoscabo* (*padecimiento físico, psíquico o moral o riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, con peligro grave y cierto de ello* o, al menos, actuaciones con la potencialidad de hacerlo (15)) para el trato degradante y la lesión del citado derecho (16) ; entrando, entonces, en *disonancia con la jurisprudencia del TEDH*, porque ello no sería para este último trato degradante, sino trato inhumano y, para el trato degradante, sólo se exige el trato humillante, con cierta gravedad, que es lo que nuestro TC califica como «vejación».

Pero, en cualquier caso, también requiere la jurisprudencia de nuestro TC «*un mínimo de gravedad*» en dicha vejación o trato humillante, un «*umbral mínimo de severidad*» (17) .

Ahora bien, entendemos que el nivel de gravedad exigido para la «vejación» no debe ser tan alto como el requerido para su sanción penal o su sanción administrativa, pues las pretensiones que se ejercen, para la tutela de los derechos fundamentales de integridad física y psíquica del art. 15 CE, por un lado, y del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen del art. 18 CE, por otro, van encaminadas al «restablecimiento de [...] la integridad de su derecho [...] con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación», como prevé el art. 55.1, letra c, de la Ley Orgánica 2/1979; o sea para lograr la *adopción de medidas para poner fin a las actuaciones de acoso que se están produciendo y para el restablecimiento del derecho lesionado*.

e) Como tampoco tiene sentido —a nuestro entender— exigir el mismo nivel de gravedad, si las pretensiones que se ejercen son de indemnización de los daños y perjuicios producidos, que para la condena penal o la imposición de sanciones administrativas generales o disciplinarias. Y ello, ya sea en la jurisdicción contencioso-administrativa (si se trata de funcionarios públicos), en la jurisdicción social (si se trata de empleados del sector privado o de empleados del sector público cuando haya habido invocación incumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos) o en la jurisdicción civil. En tal caso, la clave estará en la prueba de los daños causados.

f) Y lo mismo cabe decir, en el caso de que la pretensión sea la de *resolución extintiva del contrato de trabajo del art. 50.1.a del Estatuto de los Trabajadores* —R.D.Legislativo 2/2015—, ante la jurisdicción social.

Aunque las causas del art. 50.1 del Estatuto de los Trabajadores ya están calificadas, en sí mismas, de incumplimientos graves del empresario (18) , consideramos que no puede exigirse el mismo nivel de gravedad para tal pretensión que para su condena como delito o como sanción administrativa.

2.1.3. Reiteración

Por lo que se refiere a la reiteración, aparece en el concepto de acoso laboral manejado por la Resolución de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública, invocada en la jurisprudencia del TC, susceptible de uso en todos los órdenes jurisdiccionales.

a) Desde luego, ha sido *recogida en el Código Penal*, que exige que los actos hostiles o humillantes se realicen «de forma reiterada» (art. 173.1, párrafo tercero); por lo que la STS, Sala Penal, 409/2020 (Roj: STS 2496/2020) y, después, la STS, Sala Penal, 45/2021 destacan que es un *elemento a considerar* para la concurrencia del delito.

Pero la STS, Penal, 409/2020 ha resaltado, en dicho ámbito, que la reiteración no determina por sí misma la gravedad, sin perjuicio de ser uno de los factores a tomarse en cuenta para ello; de lo que *parece inferirse que no existe un tiempo mínimo exigido y que no es totalmente determinante, sino una circunstancia más a valorar* para enjuiciar la concurrencia del delito a efectos del elemento del tipo «gravedad».

b) *Se ha llegado a aludir a un mínimo de reiteración*, en algunos textos técnicos en la materia y en algunas sentencias, *aunque sin una transcendencia determinante en las mismas e incluso con afirmación* de la

necesidad de su aplicación flexible.

Así, la Nota Técnica Preventiva n.º 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo exige un mínimo de seis meses para considerar que se cumple con el requisito de la reiteración.

Y la STS, Contencioso, de 16 de febrero de 2011 (rec. 593/2008, Roj: STS 596/2011), en su FJ. 11, se refiere al documento de tal Instituto en el que se requiere que la violencia psicológica se ejerza, al menos, una vez por semana, durante un tiempo prolongado de más de seis meses.

La STSJ, Social, de Extremadura, de 28 de diciembre de 2012 (rec. 538/2012, Roj: STSJ EXT 1931/2012), cita, en su FJ. 3.º, el libro de LEYMANN de 1990 («Mobbing. La persecución en el trabajo») que habla de un plazo de seis meses con una frecuencia de hostigamiento de al menos una vez por semana y, también, cita la STSJ de Castilla La Mancha de 28 de mayo de 2002, que exigió tres meses de conducta de hostigamiento.

Y la STSJ, Social, de Galicia de 23/11/2012 (rec. suplicación 4.736/2012, Roj: STSJ GAL 9747/2012), en su FJ. 3, cita el período mínimo de seis meses, pero afirma que ha de interpretarse *con flexibilidad*.

2.1.4. Finalidad perseguida

En cuanto a la finalidad perseguida por el acoso laboral, en la Resolución de 2011, se alude a la «creación de un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima como *propósito o como efecto*»; de tal manera que, al utilizar una conjunción disyuntiva, implícitamente se nos está diciendo que *basta con que se produzca tal efecto, aunque no haya sido la finalidad perseguida*.

No se menciona la finalidad perseguida *en el Código Penal* como elemento del tipo y no aparece exigida una finalidad específica en la jurisprudencia penal sobre el delito de acoso laboral.

En la jurisprudencia constitucional, la STC 56/2019 ha destacado que la finalidad puede ser muy variada: «represaliar a un trabajador poco sumiso, marginarle para evitar que deje en evidencia a sus superiores, infundirle miedo para promover el incremento de su productividad o satisfacer la personalidad manipulativa u hostigadora del acosador (el llamado acoso «perverso»), entre otros. Dentro de las organizaciones privadas el acoso laboral responde muchas veces al fin o resultado de que *el trabajador hostigado abandone voluntariamente, ahorrando a la empresa la indemnización por despido improcedente, en las administraciones públicas, dadas las peculiaridades del régimen funcional, consiste a menudo en la marginación profesional del empleado por variados motivos (venganza personal, castigo encubierto, discriminación ideológica)*».

a) Por ello, *podemos decir que la finalidad no es determinante* para la estimación de que se ha producido acoso, siendo lo esencial que se hayan concurrido los otros aspectos analizados.

b) Pero sí que es muy relevante, si el acoso laboral se ha generado con la finalidad de represaliar al trabajador, por haber informado este sobre la comisión de actuaciones ilegales, dado que, entonces, juegan los mecanismos de la Ley 2/2023 basados en la Directiva 1937\2019 (presunción legal de que estamos ante una represalia), con la problemática que analizamos *infra*.

2.1.5. Concurrencia de culpabilidad

En lo atinente a la concurrencia de culpabilidad, con dolo o culpa por negligencia, o a la falta de necesidad de tal concurrencia, va a *depender de si se plantea en supuestos de aplicación de condenas penales o sanciones administrativas* por acoso laboral, por un lado, *o si se trata simplemente del ejercicio de otras pretensiones, como la solicitud de adopción de medidas para evitar la continuación de la situación de acoso o la indemnización de daños y perjuicios por dicho acoso*, por otro.

a) Para su *consideración como delito*, se va a exigir culpa, como mínimo, en todo caso, por el principio constitucional implícito de culpabilidad, derivado del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE, como ha declarado la STC 31/1981, FJ 3.

Pero, además, el art. 173.1, párrafo 3.º, del CP exige «prevalimiento de la relación de superioridad» y ello ha sido considerado, al menos por un sector de la doctrina científica (19), como indicador de la exigencia de dolo del sujeto activo y no de mera culpa.

Si bien, no lo hemos visto recogido en la jurisprudencia, sino tan sólo como agravante contemplada con carácter general en el art. 22.2.^a CP, por lo que cabe concluir que lo que es evidente es que se va a exigir, como mínimo, su comisión de modo culposo.

Así, cabe afirmar la culpabilidad, por falta de diligencia debida, cuando el superior jerárquico competente para intervenir tiene noticia del acoso y no interviene para adoptar las correspondientes medidas, con el fin de evitar el acoso y proteger a la víctima del mismo.

b) En cuanto a los casos en los que el acoso laboral *se tramita como infracción administrativa disciplinaria, en el ámbito del sector público*, al tipificarse el acoso moral entre las infracciones disciplinarias de los empleados públicos (art. 95.2, letra o, del RDL 5/2015), no se exige prevalimiento de superioridad. Pero debe requerirse, en cualquier caso, algún grado de culpa por exigencia del principio constitucional implícito de culpabilidad (STC 31/1981, FJ. 3.º), invocado, además, por el artículo 94.2 letra d, del citado RDLegislativo 5/2015.

c) *En el ámbito laboral del sector privado, en la tipificación del acoso laboral como infracción administrativa sancionadora directamente, e indirectamente como infracción administrativa sancionadora de normas de la legislación de previsión de riesgos laborales*, tampoco se menciona la exigencia de prevalimiento en ninguno de los dos casos. Pero, igualmente, como en el caso de las infracciones disciplinarias citadas atrás, será exigible algún grado de culpa, por el citado principio constitucional implícito de culpabilidad, que rige para el ejercicio de todas las potestades sancionadoras de las Administraciones públicas (STC 31/1981, FJ. 3.º).

d) Cuando *no se requiere la culpabilidad es cuando se invocan situaciones de acoso laboral probadas, para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas* (que es una responsabilidad objetiva, ante la que sólo hay que acreditar la efectividad del daño producido; que el mismo es consecuencia de la actividad o inactividad administrativa; la relación de causalidad entre el daño y esa actividad o inactividad administrativa; y que el dañado no tenía la obligación legal de soportar el daño).

e) En el caso de la *indemnización prevista en la legislación de la jurisdicción social por lesión de derechos fundamentales debida a acoso laboral*, habrá que estar al *tratamiento de la culpa en la responsabilidad civil contractual*, pues así *ha sido calificada en la STS, Social, de 18 de julio de 2008* (Roj: STS 5138/2008), FJ. 5.º, con invocación del art. 1101 del Código Civil.

Y lo mismo cabe afirmar si la indemnización se solicita al hilo de la exigencia de la tutela de los derechos fundamentales del art. 15 y 18, ante la jurisdicción civil.

f) Pero *no será exigible acreditar la culpa del acosador, si la pretensión que se insta* (en el recurso de amparo constitucional o en las vías judiciales previas del orden social, contencioso-administrativo y civil) es la de adopción de medidas para evitar que se siga produciendo la situación de acoso, por no estar en juego ni el ejercicio de la potestad penal ni de potestades sancionadoras administrativas; no exigirse en ningún precepto de nuestro Ordenamiento jurídico culpa en tal caso; y haber destacado la jurisprudencia de nuestro TC que *no es necesaria la intencionalidad para la existencia de la humillación base del trato degradante, bastando que la conducta enjuiciada esté adecuadamente conectada al resultado lesivo y sea objetivamente idónea para producir dicho resultado* (20) .

A lo que añade el TC que *«la protección de los derechos fundamentales sustantivos no puede quedar supeditada a «la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control»* (21) y que, en el caso enjuiciado, *«el comportamiento administrativo era objetivamente adecuado para producir la lesión de la integridad personal del demandante de amparo»* (22) .

2.1.6. Elemento subjetivo

En relación con el elemento subjetivo, debemos subrayar que las actuaciones humillantes deben producirse *en el marco de relaciones laborales* y nos lleva a distinguir entre el sujeto pasivo (el acosado) y el sujeto activo (el acosador o acosadores).

a) El sujeto pasivo tiene que ser un empleado del sector privado o del sector público (por lo tanto, también los funcionarios y el personal estatutario de los servicios del Sistema Nacional de Salud definido en la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud) que recibe las actuaciones humillantes, en el marco de una relación laboral en sentido amplio (que incluye también las relaciones funcionariales).

Existen otros tipos de acoso, como el escolar o el incluido en actuaciones degradantes o torturas al margen de las relaciones laborales. Pero el acoso laboral ha de producirse a un empleado del sector público o privado, en el marco de la correspondiente relación laboral o funcionarial.

b) En cuanto al sujeto activo, el acosador o acosadores, en principio, han de ser superiores jerárquicos, en sentido amplio, del acosado (en lo que se ha calificado como acoso laboral *vertical*). Si quien ha realizado tales actuaciones humillantes ha sido dicho superior jerárquico en sentido amplio, se cumple, sin lugar a dudas, con tal requisito subjetivo.

c) El problema se plantea si las actuaciones son realizadas por otros empleados que no tienen ascendencia jerárquica sobre el acosado o que incluso pueden ser inferiores jerárquicos de este y las efectúan en el marco laboral y con incidencia en dicho ámbito (que es lo que se ha calificado como acoso laboral *horizontal*).

Entonces, el aspecto crucial a tener en cuenta es, si *una vez denunciadas las actuaciones ante los superiores jerárquicos competentes para resolver la situación, estos han actuado con la diligencia debida para atajar tal situación* o la han consentido.

a) Situación de consentimiento de los superiores jerárquicos

Si los superiores jerárquicos competentes para actuar *han consentido las actuaciones humillantes* por falta de diligencia debida, *hay culpa y se habrán convertido en acosadores, como mínimo, por negligencia, en coparticipación con los empleados* que han realizado directamente la acción.

– Téngase en cuenta cómo el TEDH sostiene, en su jurisprudencia, que *el Estado* no sólo tiene que abstenerse de las actuaciones lesivas propias, sino que tiene *obligaciones positivas de respeto efectivo a la vida privada y familiar* (STEDH del caso Dolopoulos c. Grèce, rec. 36656/14, de 17 de noviembre de 2015, parágrafo 48) y, por eso, condena al Estado a indemnizar, por no haber ofrecido mecanismos adecuados para proteger a una empleada pública frente a actuaciones de acoso lesivas del derecho de respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH (STEDH del caso ŠPADIJER vs. MONTENEGRO (rec. 31549/18).

– En el supuesto de la responsabilidad penal, ha de tenerse en cuenta el art. 176 CP, que indica que «(s)e impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

Como también ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11 del CP, que dice que «(l)os delitos que consistan en la producción de un resultado *sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación*. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar [...]*».

Y es que el art. 14.1 de la Ley 31/1995 consigna que «(l)os trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» y añade que «(e)l citado derecho supone la existencia de un *correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales*». Como también añade, a continuación, que «(e)ste deber de protección constituye, igualmente, un *deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio*».

Por lo tanto, en dicho caso, la actuación omisiva del superior jerárquico determinará —a mi entender— la *autoría por cooperación necesaria* que prevé el art. 28, letra b, del CP y *no la mera condición de cómplice* del art. 29 de dicho Código (cooperación no absolutamente necesaria para la producción de la acción delictiva).

Y, si partimos de que ha tenido conocimiento de las actuaciones humillantes de los empleados acosadores al empleado acosado, como estamos analizando en este apartado, no se puede negar, como mínimo, la culpabilidad por falta de diligencia debida (23) .

– En el caso de su tratamiento como *infracción administrativa general en el ámbito del sector privado y de infracción disciplinaria en el sector público*, hay que volver a recordar que, *con tal actuación negligente del superior jerárquico competente para evitar el acoso, se está incurriendo en una infracción del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, por la tipificación como infracción muy grave, en el art. 13.10 del RDLegislativo 5/2000 de «(n)o adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave

e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores», *en conexión con la previsión del art. 14.1 de la Ley 31/1995 ya citada del referido derecho de los trabajadores y del correlativo deber del empresario privado y público (las Administraciones públicas) de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.*

Pero, *además*, en relación con las infracciones y sanciones en el orden social, en la comisión de infracciones del empresario (privado), *el art. 8.13 del RDLegislativo 5/2000* deja la cuestión bastante clara, porque, *en la tipificación del acoso como infracción muy grave*, indica que hay infracción cuando el acoso *se produce, dentro del ámbito al que alcanza la facultad de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado la medida necesaria para impedirlo.*

– Y se habrá generado responsabilidad de daños y perjuicios extracontractual vinculada a la responsabilidad penal y a la responsabilidad sancionadora administrativa.

En el caso de que el acoso se lleve a cabo en las Administraciones públicas, si se exige responsabilidad penal y la civil derivada de la penal, dentro del proceso penal, de forma conjunta, la responsabilidad de la Administración será subsidiaria (art. 121 CP). Y se podrá imponer, en el proceso penal, al autor del delito (en este caso, el superior jerárquico, colaborador necesario).

En el caso de que el acoso se realice en el seno de empresas privadas, se generará responsabilidad del empresario de turno derivada de la culpa contractual del art. 1101 del CC (como declara, en el orden jurisdiccional social, la STS, Social, de 18 de julio de 2008, Roj: STS-5138/2008, FJ. 5.º), exigible, por lesión de los derechos fundamentales del art. 15 CE (a la integridad física y moral) y del art. 18 CE (al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), tanto en la jurisdicción social, como en la jurisdicción civil.

b) Situación en la que se han adoptado medidas por los superiores jerárquicos

Pero si los superiores jerárquicos han adoptado las medidas necesarias para poner fin a las actuaciones vejatorias (humillantes y con hostigamiento psíquico), para evitarlas, no habrá, desde luego responsabilidad ni penal, ni administrativa sancionadora de tales superiores, por no apreciarse ni dolo ni culpa por negligencia. Y tampoco habrá responsabilidad patrimonial de la Administración en cuestión, ni responsabilidad civil contractual de la entidad privada titular de la empresa en la que la víctima realice su actividad laboral.

¿Qué ocurre, entonces, con las actuaciones vejatorias hacia el acosado de los empleados que no ostentan superioridad jerárquica sobre la víctima?

En tal caso, *en el ámbito penal*, las actuaciones no deberían ser calificadas, en puridad, como acoso laboral, por no haber prevalimiento de superioridad, exigido por el art. 173.1, párrafo tercero, del CP, sino que, deberían ser calificadas como propias del delito genérico contra la integridad física y moral del artículo 173.1, párrafo primero, del CP, si se cumplen los demás requisitos de tal tipo penal (24) .

En el ámbito de las *infracciones administrativas sancionadoras del sector público*, al tipificarse como infracción disciplinaria de los empleados públicos, en el RDLegislativo 5/2015 el acoso moral como falta muy grave en el artículo 95.2.º, *sin exigirse prevalimiento de superioridad, no puede excluirse de dicho tipo infractor las actuaciones de acoso realizadas por empleados públicos que no sean superiores jerárquicos del acosado*. Lo que ocurre es que, para la imposición de la sanción, será necesario acreditar la concurrencia de culpa en tales empleados no superiores al acosado, por exigencia de principio constitucional implícito de culpabilidad (reconocido por la STC 31/1981, FJ. 3.º, y recogido en este ámbito por el art. 94.2, letra d, del RDLegislativo 5/2015).

En el *ámbito laboral del sector privado, el acoso laboral a otros trabajadores*, sin mediar vinculación jerárquica, podrá considerarse como infracción de las normas de la legislación de previsión de riesgo laboral, porque, junto al derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14.1 de la Ley 31/1995), también está establecida como *obligación* de cada trabajador «*velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo*, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario» (art. 29.1 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales).

Y *el incumplimiento de tales obligaciones* supone, según el art. 29.3 de la ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, *incumplimiento laboral* a los efectos del art. 58.1 del Estatuto de los trabajadores, que prevé, en este caso, la sanción por la dirección de la empresa, de acuerdo a la graduación de *faltas y sanciones que se*

establezcan en las disposiciones legales o en los convenios colectivos que sean aplicables y que serán siempre revisables por la jurisdicción social.

Pero también cabe a la víctima ejercer la *acción civil por lesión de los derechos fundamentales, previa al eventual recurso de amparo constitucional* ante el TC, expresamente mencionada en el art. 249.1.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, invocando la lesión del derecho fundamental del derecho «al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (como se enjuicia en la Sentencia de la Audiencia provincial, Sala de lo Civil, de Barcelona 112/2023, de 14 de marzo —Roj: SAP B 3334/2023—, aunque aquí iba dirigida contra un compañero que era superior jerárquico) o invocando el derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 CE, habida cuenta de que el art. 249.1.2 de la Ley 1/2000 no sólo contempla la tutela del derecho al honor, sino de «cualquier otro derecho fundamental».

Y ya hemos visto que, en tal caso, caben, como peticiones del actor y pronunciamientos posibles del fallo de la sentencia, los previstos para el recurso constitucional de amparo subsiguiente a la vía civil: a) la petición y pronunciamientos declarativos: el reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado (art. 55.1.b de la Ley Orgánica 2/1979) y la «declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos» (art. 55.1.a de la Ley Orgánica 2/1979); y b) la petición y pronunciamiento de condena: el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la *adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación*» (art. 55.1.c de la Ley Orgánica 2/1979) (25) ; donde destacan las *encaminadas a impedir la continuación del acoso* y la lesión de los derechos de la víctima, pero con posibilidad, además, de la petición de *indemnización por daños y perjuicios, incluidos los daños morales*.

Y, si lo que se solicitan son medidas apropiadas para la protección de los citados derechos, entendemos que no rige la exigencia de acreditar la culpabilidad de los sujetos activos del acoso, al no instarse la imposición de sanciones penales o administrativas; estando en cuanto a la solicitud de indemnizaciones citadas a los *criterios sobre responsabilidad civil extracontractual* y a las matizaciones sobre la exigencia de culpa en tal caso.

2.2. LAS APORTACIONES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL INFORMANTE PARA LA LUCHA CONTRA EL ACOSO LABORAL

2.2.1. Su principal aportación reside en la *presunción legal* (art. 38.4 de la Ley 2/2023, basada en el art. 21.5 de la Directiva) de que, en todo procedimiento ante órgano judicial u otra autoridad, *los perjuicios sufridos por el denunciante* (aquí acoso laboral, objeto del presente estudio) *se han producido como represalia* hacia él y que corresponde a quien ha tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública; que implica que ello sólo podrá ser desmontado por el demandado mediante «una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad». Por lo tanto, no es una presunción legal *iuris et de iure* (sin admisión de prueba en contrario), sino simplemente *iuris tantum* (con admisión de prueba en contrario).

El problema que se puede presentar, en relación con tal presunción legal, es que pueda ser considerada contraria al principio constitucional de presunción de inocencia del art. 24.2 CE, según la jurisprudencia del TC según la cual «(c)on independencia de la modalidad delictiva de que se trate, *no es tolerable que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum*, que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el art. 24.2 CE (ya en STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3), *sea con una presunción iuris et de iure*, ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, por cuanto prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende» (STC 18/2021, FJ. 5, párrafo tercero (26)).

Si nos fijamos en la esencia de la presunción, no es tanto relativa a la culpabilidad del eventual denunciado como acosador, sino a que «el trato humillante o las actuaciones objetivamente idóneas para producirlo o las actuaciones hostiles que pueden calificarse de ausente de cobertura legal y lesiva del principio de proporcionalidad» recibidos por una persona que ha informado de actuaciones contrarias a la legalidad (en la Ley española, siempre que estén tipificadas como delitos o como infracciones administrativas graves o muy graves) tengan carácter de represalia.

Por ello, consideramos que no debería entenderse afectada la presunción de represalia por la citada

jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la inadmisión de presunciones legales contradictorias con la presunción de inocencia. Pero tampoco podemos descartar que, en su momento, la apliquen los órganos judiciales o el TC en una sentencia específica sobre ella. Y ello afectaría no sólo al ámbito penal, sino también a las sanciones administrativas generales y disciplinarias, respecto de las cuales rige, igualmente, la presunción de inocencia del citado art. 24.2 CE.

2.2.2. Y, por otro lado, cabe resaltar que, si en virtud de la Ley 2/2023, debe protegerse al informante, siempre que la información verse sobre *infracciones penales o sobre infracciones graves o muy graves objeto de sanción administrativa*, dicha obligación de protección no debe interpretarse restrictivamente.

Así pues, desde el momento en que el acoso laboral puede llegar a ser delito o infracción administrativa, ha de protegerse al informante, aunque después no alcance, para llegar a tal calificación final, el índice de gravedad de las actuaciones o no se cumplan otros requisitos para hacerlo (como la concurrencia de culpa en el acosador) o, finalmente, el acosado no opte por denunciarlo como delito o infracción administrativa sancionadora, sino simplemente como objeto del ejercicio de las acciones de protección de derechos fundamentales (en la jurisdicción contencioso administrativa, en la jurisdicción social o en la jurisdicción civil), de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo) o de resolución del contrato de trabajo (en la jurisdicción laboral).

Y es que tales variables no van a depender muchas veces del informante, sino del acosado o del acosador, y ello no debería poder perjudicar nunca al informante o denunciante de buena fe, porque iría contra la razón de ser esencial de la citada normativa: fomentar la colaboración de la ciudadanía en la garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción y luchar contra la misma, una vez producida.

3. BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA ARROYO, S. (2023). «Lección 6, Delitos contra la integridad moral». En: *Derecho Penal Español. Parte especial*, coordinado por M. D. SERRANO TÁRREGA. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 165-220.

CUERDA ARNAU, M. L. (2022). «Lección X, Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos». En: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, coordinado por J.L. GONZÁLEZ CUSSAC. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 201-226.

GIMENO SENDRA, J. V. (2010). «Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales». 3.^a edición, Ed. Colex.

SEMPERE NAVARRO, A. V. (2021). «Restrictivo concepto de «acoso laboral» a efectos penales». *Revista de jurisprudencia laboral* n.º 2/2021.

TARDÍO PATO, J. A. (2023). «La protección del informante en la Ley Española 2/2023, de transposición de la directiva 2019/1937». *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 226, pp. 71-121.

(1) TARDÍO PATO (2023, p. 86).

(2) Recogido en su punto 2.1.

(3) STC 56/2019, en su FJ. 5, letra c, párrafo quinto.

(4) En la STEDH «caso Volodina c. Rusia», de 9 de julio de 2019 (demanda 41261/17), § 73, con cita de la STEDH Bouyid v. Bélgica [GC], núm. 23380/09, § 86-87, ECHR 2015, se dice que el trato degradante se produce «(a)un cuando no se produzcan lesiones corporales reales o sufrimientos físicos o psicológicos graves» e incluso que «puede ser suficiente con que la víctima se sienta humillada según su parecer, aunque no lo sea a la vista de los demás».

(5) Se expresa de modo explícito es en la STEDH case of Soering v. United Kingdom, de 7 de julio de 1989 (demanda 14038/88), que dice que el trato es «inhumano», cuando «fue premeditado, se aplicó durante horas seguidas y «causó, si no lesiones corporales reales, al menos sufrimiento físico y mental intenso» (párrafo 100).

Igualmente, se indica de modo explícito en la STEDH case of Bilgin v. Turkey, de 16 de noviembre de 2000 (application

23819/94), en la que se afirma directamente que se generaron al demandante «*sufrimientos de gravedad suficiente* para que los actos [...] puedan calificarse de *trato inhumano* en el sentido del artículo 3 del Convenio» (§ 103) y, por eso, el Tribunal concluye que se ha producido una violación del artículo 3 del Convenio (§ 104); pero también del art. 8 del Convenio, porque los «actos constituyeron *injerencias graves e injustificadas en los derechos del demandante al respeto de su vida privada y familiar y de su domicilio*, y al disfrute pacífico de sus posesiones» (§ 108).

Como, asimismo, se ha expresado de modo explícito en la *STEDH case of Dulas v. Turkey*, de 30 de enero de 2001 (application 25801/94), en la que vuelve a concluir, en un caso semejante, que se generaron al demandante «*sufrimientos de gravedad suficiente* para que los actos [...] puedan calificarse de *trato inhumano* en el sentido del artículo 3 del Convenio» (§ 55) y, por eso, el Tribunal concluye que se ha producido una violación del artículo 3 del Convenio (§ 56); pero también del art. 8 del Convenio, porque los «actos constituyeron *injerencias graves e injustificadas en los derechos del demandante al respeto de su vida privada y familiar y de su domicilio* y al disfrute pacífico de sus posesiones» (§ 60).

E idéntica calificación y conclusiones respecto de los derechos de los arts. 3 y 8 del Convenio se recogen en la *STEDH affaire Selçuk et Asker v. Turkey*, de 24 de abril de 1998 (12/1997/796/998-999, §§ 78, 80, 86 y 87), ante actuaciones similares.

- (6) España firmó, a través de su Ministro de Asuntos Exteriores, el Convenio el 24 de noviembre de 1977 y sus Protocolos 3.º y 5.º (que modifican los artículos 29, 30, 34 y 22, 40, del Convenio, respectivamente). Y depositó su Instrumento de Ratificación el 4 de octubre de 1979, fecha en la que Convenio entró en vigor para España, aunque después fue publicado tal Instrumento en el BOE de 10/10/1979.
- (7) El principio de intervención mínima ha sido invocado y explicado, entre otras, por las SSTS, Penal, 203/2006, de 28 de febrero (Roj: STS 901/2006), FJ 10, y 691/2019, de 11 de marzo (Roj: STS 923/2020), FJ 3, como parte del principio de proporcionalidad y de prohibición del exceso.

Sin embargo, la STS, Sala Penal, 185/2023, de 15 de marzo (Roj: STS 1224/2023), FJ Único, ha invocado que sólo constituye un programa de política criminal y no un criterio de aplicación de la norma penal, porque no está recogido en la Constitución y que sólo va dirigido al legislador y no al aplicador del Derecho.

Pero, aquí se olvida de que el principio de proporcionalidad del que el de intervención mínima forma parte, según las citadas SSTS, Penal, 203/2006 y 691/2019, sí que está considerado como principio constitucional implícito, según la STC 55/1996 (FJ 3), derivado de los arts. 1.1 CE (que proclama el Estado de Derecho y el valor justicia); 9.3 CE (que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos); 10.1 CE (que resalta la dignidad humana, como fundamento del orden político y la paz social); y 25.1 (referente a la legalidad penal y sancionadora, cuando afecta a estos ámbitos). Y, en dicho sentido, es vinculante tanto para el Legislador como para los aplicadores del Derecho.

- (8) STC 56/2019, en su FJ. 5, letra c, párrafo segundo.
- (9) Dice el TC que «(l)a intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de *padecimientos físicos, psíquicos o morales* o en el sometimiento al «*riesgo relevante*» de *sufrirlos*, esto es, a un «*peligro grave y cierto*» para la integridad personal» (STC 56/2019, en su FJ. 5, letra c, párrafo segundo). Y, en el caso de acoso laboral que enjuicia, dice que «conductas como esta *generan* por sí mismas un *perjuicio moral* al que pueden añadirse *daños psicofísicos* por estrés, angustia, ansiedad o depresión» (STC 56/2019, FJ. 6, párrafo décimo, in fine).
- (10) GIMENO SENDRA (2010, pp. 361-362).
- (11) STS, Sala Civil, 533/2000, de 31 mayo (Roj: STS 4430/2000), FJ 2.º, párrafo 7, con cita de otras SSTS, Sala de lo Civil, anteriores.
- (12) Recordemos que la *STEDH case of Costello-Roberts v. United Kingdom*, de 25 de marzo de 1993 (demanda 13134/87), § 30, habla de «*particular level of severity*» y la *STEDH case of Campbell and Cosans v. United Kingdom*, de 25 de febrero de 1982 (demanda 7511/76; 7743/76), § 28, habla de «*a minimum level of severity*»; con invocación en ambos casos de la *STEDH «caso Tyrer c. el Reino Unido*», de 25 de abril de 1978, § 30.

Antes, ya se habían recogido diferencias de calificación por el grado de gravedad del trato, en la *STEDH del caso Tyrer v. United Kingdom*, de 25 de abril de 1978 (que consideró el trato como «degradante» del art. 3 del CEDH) y en la *STEDH Costello-Roberts v. United Kingdom*, de 25 de marzo de 1993 (que no llegó a considerar el trato como «degradante»).

- (13) SEMPERE NAVARRO (2021, p. 7).
- (14) *SSTEDH caso Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del Norte*, de 18 de enero de 1978 (TEDH 1978, 2); *caso Tyrer c. el Reino Unido*, de 25 de abril de 1978 (TEDH 1978, 3); *caso Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982; *caso Soering, c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989, 13); *caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte*, de 10 de julio de 2001 (TEDH 2001, 444); *caso Mouisel c. Francia*, de 14 de noviembre de 2002; y *caso Gennadi Naoumenko c. Ucrania*, de 10 de febrero de 2004.
- (15) STC 56/2019, en su FJ. 5, letra c, párrafo segundo.

- (16) Dice el TC que «(l)a intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de *padecimientos físicos, psíquicos o morales* o en el sometimiento al «*riesgo relevante*» de *sufrirlos, esto es, a un «peligro grave y cierto*» para la integridad personal» (STC 56/2019, en su FJ. 5, letra c, párrafo segundo). Y, en el caso de acoso laboral que enjuicia, dice que «conductas como esta *generan* por sí mismas *un perjuicio moral* al que pueden añadirse *daños psicofísicos* por estrés, angustia, ansiedad o depresión» (STC 56/2019, FJ. 6, párrafo décimo, in fine).
- (17) STC 56/2019, en su FJ. 5, letra c, párrafo tercero.
- (18) El art. 50.1.c finaliza el listado de dicho artículo diciendo «(c)ualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario». Y la citada STS, Sala Social, de 11 de marzo de 2004 (Roj: STS 1674/2004), que enjuició un supuesto de resolución por el trabajador del contrato de trabajo por acoso laboral, también califica tal tipo de incumplimiento del empresario como grave (FJ 2.º, último párrafo).
- (19) CUERDA ARNAU (2022, p. 205) y CÁMARA ARROYO (2023, p. 174), aunque también defiende su carácter doloso, dice que basta con un dolo genérico de concurrencia de conciencia y voluntad de infligir a la víctima el daño (o sea de conocimiento de cuáles son los actos que se ejecutan y en la decisión de ejecutarlos), sin requerir un ánimo o intención específicos.
- (20) STC 56/2019, FJ. 5.º.c, párrafo quinto.
- (21) STC 56/2019, FJ. 6.º, párrafo tercero, con invocación aquí de la STC 11/1998, FJ 6.
- (22) STC 56/2019, FJ. 6.º, párrafo tercero.
- (23) La STS, Contencioso, de 14/10/2005 (Roj: STS 6179/2005), FJ. 4, párrafo cuarto, declara que la conducta es culpable cuando hay «omisión deliberada o *indiligente* del titular del cargo».
- (24) Un ejemplo lo tenemos en el supuesto enjuiciado por la STS, Penal, 86/2020, de 3 de marzo (Roj: STS 924/2020), en la que se generó un trato más que vejatorio, calificable como degradante (si tenemos en cuenta la STC 56/2019), porque *se causó a la víctima un trato que no sólo encerraba la potencialidad de generar un padecimiento psíquico o moral, sino que lo generó de modo efectivo*, al precisar la Sentencia que, «además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico y psiquiátrico, tardando en curar 84 días de los cuales estuvo incapacitado para el ejercicio de sus ocupaciones habituales 36 días, precisando 3 días de estancia hospitalaria, restándole secuela consistencia en trastorno de [...] estrés postraumático agudo valorado en dos puntos» (antecedente de hecho Primero).
- (25) GIMENO SENDRA (2010, pp. 361-362).
- (26) Que cita como precedentes las SSTC 111/1999, FJ 3; 87/2001, FJ 9; 267/2005, FJ 4; 92/2006, FJ 2; y 185/2014, FJ 3.