

EL DELITO DE ACOSO LABORAL COMO DELITO DE RESULTADO

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER
CONSTITUITUR**

INDICE

EL DELITO DE ACOSO LABORAL COMO DELITO DE RESULTADO

1. INTRODUCCIÓN.

2. GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO.

I.LA VIDA DEL DELITO. EL “ITER CRIMINIS”.

II.LOS ACTOS INTERNOS.

III.LOS ACTOS PREPARATORIOS.

**IV.LA EXCEPCIONALIDAD EN LA PUNICIÓN DE LA
CONSPIRACIÓN, LA PROPOSICIÓN Y LA PROVOCACIÓN
PARA DELINQUIR (RESOLUCIONES MANIFESTADAS DE
VOLUNTAD).**

V.CONSPIRACIÓN.

VI.PROPOSICIÓN.

VII.PROVOCACIÓN.

VIII.LA TENTATIVA: ACTOS DE EJECUCIÓN.

3. PROPOSICIÓN PARA DELINQUIR.

I.INTRODUCCIÓN.

II.CONCEPTO.

III.FUNDAMENTO.

IV.NATURALEZA.

V.REGULACIÓN JURÍDICA.

VI.EXAMEN DE LA CONDUCTA.

VII.CONSECUENCIAS PENALES.

4. LA ACCIÓN.

5. CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE ACCIÓN.

6. DIFERENTES CONCEPTOS DE ACCIÓN.

I.INTRODUCCIÓN.

II.ETAPA CLÁSICA.

III.ETAPA NEOCLASICA.

IV.CONCEPTO FINAL DE ACCIÓN.

V.CONCEPTO SOCIAL DE ACCIÓN.

7. MANIFESTACIONES DE LA ACCIÓN.

8. EL RESULTADO COMO ELEMENTO DE LA ACCIÓN.

9. POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA ACCIÓN.

10. RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

11. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

12. TEORÍAS SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

**I.TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES O
TEORÍA DE LA CONDUCTIO SINE QUA NON.**

II.TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA.

III.TEORÍA DE LA CAUSALIDAD EFICIENTE.

IV.TEORÍA DE LA RELEVANCIA.

13. IMPUTACIÓN OBJETIVA.

I.TEORIAS DOCTRINALES.

II.REQUISITOS.

III.EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA PENAL.

14. EL ACOSO LABORAL COMO DELITO DE RESULTADO.

I.DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

II.ELEMENTOS TÍPICOS.

15. LA ACCIÓN EN EL DELITO DE ACOSO LABORAL.

I.DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

16. ELEMENTOS OBJETIVOS.

17. LA DENIGRACIÓN LABORAL.

I.DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

18. LA INTEGRIDAD MORAL.

I.DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

19. FORMAS DE DENIGRACIÓN LABORAL.

20. VALORACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA. CONSECUENCIAS PENALES Y PERSONALES. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

21. SUBSUNCIÓN DE LAS CONDUCTAS DE MOBBING EN EL ART. 173 C.P.

22. RESULTADO CONCRETO DEL DELITO.

23. CONCURSO DE DELITOS.

24. APORTACIONES DOCTRINALES AL DELITO DE ACOSO LABORAL.

25. JURISPRUDENCIA.

I.SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- i. Sentencia del TC 37/1989, de 15 de Febrero.
- ii. Sentencia del TC 160/2007, de 2 de Julio.
- iii. Sentencia del TC 120/1990, de 27 de Junio.
- iv. Sentencia del TC 150/1991, de 4 de Julio.
- v. Sentencia del TC 57/1994, de 28 de Febrero.
- vi. Sentencia del TC 196/2006, de 3 de Julio.
- vii. Sentencia del TC 34/2008, de 25 de Febrero.
- viii. Sentencia del TC 63/2008, de 26 de Mayo.
- ix. Sentencia del TC 116/2010, de 24 de Noviembre.
- x. Sentencia del TC 106/2011, de 20 de Junio.
- xi. Sentencia del TC 10/2014, de 27 de Enero.
- xii. Sentencia del TC 32/2014, de 24 de Febrero.

II.SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

- i. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 22 de Enero de 2002.
- ii. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 24 de Junio de 2000.
- iii. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 8 de Mayo de 2002.

- iv. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 2 de Noviembre de 2004.
- v. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 3 de Marzo de 2009.
- vi. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 26 de Octubre de 2009.
- vii. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 15 de Septiembre de 2010.
- viii. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 27 de enero de 2011.
- ix. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 6 de Abril de 2011.
- x. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 29 de Marzo de 2012.
- xi. Sentencia del TS (Sala Segunda), de 2 de Abril de 2013.
- xii. Sentencia del TS (Sala Tercera), de 16 de Febrero de 2011.

III.SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

- i. Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 23 de Mayo de 2002.
- ii. Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 11 de Junio de 2003.
- iii. Sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 28 de Noviembre de 2003.
- iv. Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de Diciembre de 2003.
- v. Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 28 de enero de 2004.
- vi. Sentencia del TSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 5 de Abril de 2004.
- vii. Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 11 de Julio de 2005.
- viii. Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 10 de Marzo de 2010.

IV.OTROS TRIBUNALES.

- i. Sentencia de la Aud. Prov. de Castellón, de 31 de Julio de 2002.

- ii. Sentencia de la Aud. Prov. de Huesca, de 9 de Enero de 2004.
- iii. Sentencia de la Aud. Prov. de Madrid, de 29 de Enero de 2010.
- iv. Sentencia de la Aud. Prov. de Santa Cruz de Tenerife, de 27 de Marzo de 2012.
- v. Sentencia de la Aud. Prov. de Santander, de 11 de Octubre de 2000.
- vi. Sentencia de la Aud. Prov. de Baleares, de 14 de Enero de 2013.
- vii. Sentencia del Juzgado de lo Social de Gerona, de 17 de Septiembre de 2000.
- viii. Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Vitoria, de 16 de Diciembre de 2005.

26. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

I.INTRODUCCIÓN.

II.NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS JUECES.

III.COMPETENCIA DEL TEDH.

IV.COMPOSICIÓN.

V.ORGANIZACIÓN.

VI.SECCIONES DEL TRIBUNAL.

VII.SALAS Y GRAN SALA.

VIII.COMPETENCIA DE LA GRAN SALA.

IX.ABSTENCIÓN DE LOS JUECES DEL TEDH.

X.PROCEDIMIENTO ANTE EL TEDH.

- i. Introducción.
- ii. Excepciones Preliminares.
- iii. Acuerdo amistoso.
- iv. Medidas provisionales.
- v. Duración del procedimiento.
- vi. Resolución de los asuntos. Decisiones y Sentencias.
- vii. Recursos.

viii. Ejecución de sentencias.

27. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

28. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN

La acción nuclear del tipo penal de acoso laboral, lo constituye la conducta de trato degradante, pues se manifiesta en una modalidad específica de atentado contra la integridad moral, siendo características de su realización el carácter sistemático y prolongado en el tiempo que determina un clima de hostilidad y humillación hacia el trabajador por quien ocupa una posición de superioridad de la que abusa. Se trata pues de generar en la víctima un estado de desasosiego mediante el hostigamiento psicológico que humilla a la misma, constituyendo una ofensa a su dignidad. Por consiguiente, el elemento que procura sustantividad y autonomía al acoso laboral frente al comportamiento tipificado en el primer párrafo del art. 173.1 del CP radica en la exigencia de reiteración de los actos de acoso cuya realidad por separado no constituya trato degradante, ni que incluso sean en sí mismos hostiles o humillantes si no se enmarcan en un contexto de realización sistemática y prolongada en el tiempo.

PALABRAS CLAVES

Resultado de la acción, delito de lesión, delito de peligro, bien jurídico protegido, delito de peligro concreto o abstracto, lesión, consumación formal del tipo, contenido material, relación de causalidad, conditio sine qua nom, riesgo típicamente relevante, injusto penal, imputación objetiva, idoneidad objetiva, trato degradante, menoscabo, integridad moral, humillación, actos crueles, inhumanos, tortura, reiteración de actos hostiles, intimidación.

EL DELITO DE ACOSO LABORAL COMO DELITO DE RESULTADO

1-INTRODUCCIÓN

Los diferentes criterios que se tienen en cuenta para la clasificación de las figuras delictivas uno se fija en la relación existente entre la acción y el objeto de la acción, y ello da lugar a la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad. Los delitos de resultado presuponen en el tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio- temporalmente. Por el contrario, en los delitos de actividad el tipo de injusto se agota en una acción del sujeto, sin que deba producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente.

Dispone el art. 173 del C.P. “1.El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Y luego en el párrafo segundo “Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

La acción típica, pues, consiste en realizar actos hostiles o humillantes contra otra persona, y en sentido negativo, que los mismos, no lleguen a constituir trato degradante, pero que supongan grave acoso contra la víctima.

Trato degradante, en sentido negativo, por exclusión. Concepto: Por trato degradante debe entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona (STS 819/02, 8-5). Conducta única o repetida: Aunque parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente ataque, no obstante ello, no hay obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad

lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto, es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante, puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello (STS 819/02, 8-5).

2- GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO.

I. LA VIDA DEL DELITO. EL "ITER CRIMINIS".

Desde que se concibe la idea de cometer un delito hasta que el autor consigue lo que se ha propuesto, atraviesa el autor una serie de fases que se conocen con el nombre de "iter criminis".

Surgida la idea criminal, se agota la resolución de cometer el hecho punible y se pone en práctica hasta llegar a la consumación, tras la cual puede haber una fase ulterior de utilización del delito cometido para lograr lo que el autor se proponía.

La conducta del sujeto provoca la intervención del Derecho penal a partir de ciertas formas del derecho criminal manifestada o exteriorizada de modo determinado, y concluye con la consumación, sin que sea preciso que el sujeto llegue al delito agotado, a la consecución de sus ulteriores propósitos, caso de que los hubiera.

II. LOS ACTOS INTERNOS.

La mera resolución de delinquir no constituye nunca delito. Esto es lo que se expresa con el aforismo "cogitationis poenan nemo patitur". El pensamiento no delinque.

III. LOS ACTOS PREPARATORIOS.

La fase externa abarca todos los momentos de la vida del delito, desde la proposición o la provocación, hasta la consumación y el agotamiento. El comienzo de dicha fase puede estar constituida por los llamados actos preparatorios.

Son actos preparatorios aquellos que tienen por objeto la comisión del delito; están encaminados a su ejecución, si bien no se dirigen directamente a la misma, por lo

que no pueden encuadrarse en la tentativa. Son preliminares a la acción delictiva, a la que preparan y posibilitan.

A partir de la reforma de 1848, los actos preparatorios quedaron impunes, salvo casos excepcionales de tipificación expresa, reducidos esencialmente a las tenencias de útiles para el delito.

IV. LA EXCEPCIONALIDAD EN LA PUNICIÓN DE LA CONSPIRACIÓN, LA PROPOSICIÓN Y LA PROVOCACIÓN PARA DELINQUIR (RESOLUCIONES MANIFESTADAS DE VOLUNTAD).

La conspiración, la proposición y la provocación para delinquir aparecen como formas de exteriorización de la voluntad criminal, previas a la ejecución del delito y con características peculiares que las diferencian de los actos propiamente preparatorios, por su inequívoca finalidad delictiva, y de los actos de ejecución, por no iniciar todavía el comportamiento descrito en la hipótesis legal.

El vigente Código Penal castiga la conspiración y proposición sólo en "los casos especialmente previstos en la Ley" (art. 17.3), e igualmente castiga la provocación, y su modalidad específica, la apología, "exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea" (art. 18.2, primer párrafo).

V. CONSPIRACIÓN

La conspiración existe "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 C.P.).

VI. PROPOSICIÓN

"La proposición existe "cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo" (art. 17.2 C.P.).

La proposición se diferencia de la inducción en que ésta ha de ser eficaz, es una proposición aceptada y realizada, mientras que en la proposición el proponente tiene la resolución criminal, pero no es preciso que la trasmita al invitado, siendo compatible con

que éste rechace la invitación. También en la menor eficacia moral de la invitación, frente a la eficacia que se exige en la inducción.

VII. PROVOCACIÓN

"La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito" (art. 18.1, primer párrafo, C.P.).

Dos son los elementos positivos de la provocación: incitación a un delito y uso de medios eficaces para llegar a una pluralidad de personas. Hay un tercer elemento negativo, que es que el delito no llegue a cometerse, pues de ejecutarse, la provocación se convierte en inducción: "si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción" (art.18.2. C.P., segundo párrafo).

La diferencia entre la provocación y la proposición radica en que en ésta se invita a una persona determinada, y en la provocación se incita a personas indeterminadas.

"Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito" (art. 18.1, párrafo segundo, C.P.).

La apología se configura como una modalidad o variante de la provocación (sólo será delictiva como forma de provocación), una y otra se diferencia en que, mientras la provocación es una incitación inmediata a la perpetración del delito, la apología tiende al mismo fin en forma mediata o indirecta, a través de la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

VIII. LA TENTATIVA: ACTOS DE EJECUCIÓN.

El C.P. dispone que "son punibles el delito consumado y la tentativa de delito (art. 15.1).

El C.P. define la tentativa disponiendo que hay tentativa "cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor" (art. 16.1).

La exigencia de que para que haya tentativa punible exista un comienzo de ejecución excluye los llamados actos preparatorios.

"Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si éstos fueren ya constitutivos de otro delito" (art. 16.2 C.P.).

"Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito" (art. 16.3 C.P.).

3- PROPOSICIÓN PARA DELINQUIR.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta un hecho incuestionable que el derecho penal acoge, no sólo los "delitos de resultado" sino, igualmente, los "delitos de riesgo", en los que se sanciona la simple creación de una situación de riesgo, considerada inaceptable.

De ese modo, se habla de un "Derecho penal del riesgo" que adelanta la barrera prohibida a estadios anteriores a la lesión del bien jurídico protegido por el delito. Así, se castiga a quien porta una maleta con droga que piensa vender.

Y de igual modo, con carácter general, la sanción del delito ejecutado materialmente, con éxito (consumación) o puesto en marcha pero no logrado su resultado (tentativa), coexiste con la posibilidad de castigar resoluciones manifestadas de delinquir cuando se constata la existencia de una voluntad de cometer un delito concreto.

De ese modo, el Derecho penal cumple no sólo una función represiva de castigar el delito producido (un homicidio) sino preventiva, en cuanto, por razones de política criminal se estima sancionable con penas, comportamientos que no suponen la lesión de un bien jurídico concreto a través de una conducta material que lo violenta.

Son ejemplos de ello, el castigo de las denominadas "resoluciones manifestadas de voluntad", que incluyen, además de la proposición, la conspiración y la provocación para delinquir, véanse "Conspiración para delinquir" y "Provocación para delinquir"

II. CONCEPTO

La proposición para delinquir es aquella forma de participación en un hecho delictivo, consistente en invitar a una persona a participar en un delito que el proponente ha decidido cometer.

III. FUNDAMENTO

La razón de sancionar esta forma participativa en el delito es proporcionar una protección integral ante los ataques más graves a la libertad, los derechos humanos y la convivencia social. De este modo, se sancionan todas las posibles formas de participación en un hecho delictivo: la consumación, la tentativa y estas otras formas resolutivas de cometerlo.

En esta forma participativa en el delito, el factor prevención es fundamental y supera, en mucho, la finalidad retributiva que tienen las penas, siempre más elevadas, en los delitos consumados.

Se busca sancionar situaciones de Incremento de riesgo consideradas inaceptables por la entidad de los bienes jurídicos protegibles, que no son intereses cualquiera, sino individuales del máximo nivel (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad personal, patrimonio) o colectivos (como la seguridad pública, la salud pública o la tutela de instituciones del mayor rango, como la Corona, la Comunidad Internacional, etc.). Destaca, pues, en la razón de ser de su punición, el fundamento preventivo.

IV. NATURALEZA.

La proposición no es un acto ejecutivo, ni tampoco preparatorio, sino que se sitúa en un estadio anterior, que podemos denominar "pre-participación".

Pero se trata de un acto humano no de una simple idea o deseo pues como dijera el gran jurista Ulpiano cogitationis poenam nemo patitur (el pensamiento no es punible), lo cual nos sitúa ante un hecho con relevancia jurídica, sobre el cual, por tanto, el derecho puede actuar y atribuir, en su caso, responsabilidades.

En cuanto a su naturaleza jurídico-penal, se han delineado, como más extendidas, dos posiciones: la que entiende que se trata de una "coautoría anticipada" y los que piensan que estamos ante una inducción frustrada.

La tesis dominante, sin embargo, es la que considera que forma parte, con la provocación y la conspiración, de las llamadas "resoluciones manifestadas de voluntad" delictivas, sancionables únicamente en los casos estimados más graves.

Todavía cabe polemizar sobre si se trata de un acto preparatorio, realmente. Pero como los actos preparatorios típicos son los de carácter material, se dice que sería de carácter moral, pero ello introduce un elemento de confusión porque el derecho y la moral, aun siendo círculos secantes muchas veces, son dos planos diferentes. Por ello es preferible hablar, conforme a la terminología más actual de "resoluciones manifestadas", en cuanto lo interno se ha exteriorizado en actos individualizables concretos: el asentimiento, la expresión de una voluntad, etc., la cual puede hacerse de forma oral pero también por escrito.

No obstante, algunas sentencias hablan de "actos preparatorios impunes" cuando no entran dentro de los conceptos de proposición, provocación y conspiración, que es una forma de decir que sólo se sancionan los actos preparatorios expresamente tipificados por el legislador que son esas tres formas de participación anterior al comienzo de la ejecución de un delito.

V. REGULACIÓN JURÍDICA.

El régimen legal previsto en el Código Penal, para la proposición para delinquir, se encuentra en el Primer Libro del Código, en concreto en el artículo 17.2 CP, sito dentro del Título I "De la infracción penal" del capítulo I "De los delitos", que dice así:

"La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él."

De igual modo, en el artículo 17.3, se establece:
"La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley."

Y en cuanto a su previsión expresa, se castiga la proposición, en los siguientes delitos: homicidio y asesinato (artículo 141 CP); lesiones (artículo 151 CP); detención ilegal y secuestro (artículo 168 CP); trata de seres humanos (apartado 8 del artículo 177 bis CP); robo, extorsión, estafa y apropiación indebida (artículo 269 CP); blanqueo de efectos procedentes del delito (artículo 304 CP); tráfico de drogas (artículo 373 CP); delitos contra la Administración Pública (artículo 445 CP); rebelión (artículo 477 CP); delitos contra la Corona (artículo 488 CP); asociación ilícita (artículo 519 CP); sedición (artículo 548 CP); atentado (artículo 553 CP); terrorismo (artículo 579 CP); traición (artículo 585 CP) y delitos contra la comunidad internacional (artículo 615 CP).

VI. EXAMEN DE LA CONDUCTA.

La proposición para delinquir consiste en una invitación o propuesta (preferimos este segundo término porque "invitar" es dar u ofrecer algo gratis y en la proposición para delinquir si a uno le pillan, le saldrá caro).

La invitación, requiere el elemento antecedente de que quien la hace, tiene decidido cometer un delito determinado.
En cambio, no es necesario la consecuencia de que el invitado, acepte la propuesta.

En cuanto a los requisitos que han de concurrir en la propuesta o invitación, son:

- a) concreción (proponer cometer un hecho delictivo);
- b) precisión (decir en qué va a consistir; sobre qué persona o personas determinadas; cuándo; de que modo, etc.);
- c) seriedad (ha de tratarse de una propuesta que revista los caracteres de creíble, elaborada y factible);
- d) persuasión (el proponente ha de desplegar todo lo necesario para que la invitación resulte persuasoria frente a la persona que se invita).

Para sancionar la proposición, es fundamental analizar lo que se llama "juicio de adecuación", que supone ponderar "ex ante", esto es, con carácter previo a lo que haya resultado, la invitación en sí, a fin de comprobar si era adecuada o idónea, tanto respecto del plan delictivo en sí como respecto al ejecutor escogido.

De ahí que resultará no punible, un "plan fantástico" o "descabellado", o por supuesto no delictivo (contratar a alguien para que "eche el mal de ojo" a otro). Y lo mismo, cuando se invite a un niño o aun incapaz de realizar el delito que se le propone.

VII. CONSECUENCIAS PENALES.

Los efectos jurídico-penales de la proposición para delinquir, pueden sintetizarse del siguiente modo:

- a) Si no se acepta, es impune con carácter general y punible, solamente, cuando expresamente así se determina.
- b) Si se acepta, existirá una conspiración.
- c) Si a la aceptación sigue el comienzo de la ejecución de la propuesta, habrá tentativa.
- d) Si además de aceptarse, se ejecuta por ambos, proponente y aceptante, estaremos ante una coautoría de los partícipes o una autoría y complicidad, según que el aporte del aceptante sea esencial o no.

En cuanto a las penas con que se sanciona la proposición para delinquir, el Código Penal establece que se impondrá la pena inferior en uno o dos grados, a la pena señalada para el delito en grado de consumación.

Y en cuanto a en qué casos, la reducción de la pena ha de ser mayor o menor, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la punición del supuesto "será acorde al grado de lesividad u ofensividad de la conducta desplegada por el acusado", considerándose, en un caso concreto, una propuesta de "peligrosidad seria y constatable" ofrecer a un tipo de dudosa catadura moral la cantidad de 2.103,54 euros, para dar un escarmiento a dos personas.

Por otro lado, aquí resulta aplicable la doctrina general de que lo normal es la reducción en un grado y que para reducir en dos grados la pena, es preciso motivar de forma suficiente y razonada, tal decisión.

4-LA ACCIÓN

Al estudiar el concepto jurídico penal de acción, hay que comenzar señalando que el Derecho Penal puede concebirse en diversos sentidos según lo contemplemos desde un punto de vista subjetivo u objetivo.

En primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, el Derecho Penal se define como el derecho del Estado a definir los delitos y a establecer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.

Por el contrario, desde un punto de vista objetivo, el Derecho Penal se define como aquel sector del ordenamiento jurídico a través del cual el Estado sanciona con reacciones de particular gravedad las conductas desviadas más peligrosas para la convivencia con el fin de asegurar la disciplina social.

5-CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN.

En primer lugar es necesario señalar que el mismo constituye el elemento básico sobre el cual se construye la teoría jurídica del delito. En este sentido, la acción surge cuando la resolución criminal se exterioriza una vez superada la fase interna de ideación, deliberación y resolución previas a la comisión del delito que transcurren en la mente del delincuente y que son irrelevantes para el Derecho Penal.

De este modo, una vez surgida la acción, se plantea la cuestión de determinar si ésta es típica, antijurídica, culpable y punible o si ésta es dolosa o imprudente y penada por la ley de acuerdo con el concepto jurídico de delito manejado en el Código Penal español cuyo art. 10 CP (redacción 2015), dispone que son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

Por otro lado, hay que advertir que no toda la doctrina moderna admite la validez de la acción como elemento autónomo sobre el cual se predicen los demás elementos del delito.

En efecto, algunos autores sostienen que no es posible elaborar una categoría jurídica que permita englobar comportamientos tan dispares como el activo y el omisivo, el doloso y el imprudente o el que causa un resultado y el que no lo hace.

No obstante, la doctrina mayoritaria sostiene que la acción debe considerarse como un elemento autónomo del delito por razones metodológicas en la medida en que la acción es el sustrato fáctico sobre el que se predicen la tipicidad y la antijuridicidad

pero también por razones prácticas en la medida en que existen comportamientos que podrían tener relevancia penal por lesionar o poner en peligro un bien jurídico pero no merecen reproche alguno al no depender de la voluntad humana.

6-DIFERENTES CONCEPTOS DE ACCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Hay que señalar que las principales controversias doctrinales en el ámbito de la teoría jurídica del delito giran en torno al concepto de acción. Sin embargo, en la medida en que la tipicidad y la antijuridicidad constituyen dos predicados de la acción, también la naturaleza de éstas resulta afectada por el contenido que se atribuya a aquélla.

Del mismo modo, también el contenido de la culpabilidad depende de la inclusión o no de elementos subjetivos en el concepto de acción. Por tanto, hay que concluir que el debate entre los sistemas causalista y finalista encierra consecuencias sistemáticas de primer orden para la configuración de todos los elementos del delito.

En este sentido, se han manejado tres principales concepciones en torno a la acción como son el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción.

En cuanto al concepto causal de acción, hay que advertir que la evolución histórica del sistema causalista atraviesa dos etapas:

II. ETAPA CLÁSICA.

Representada por autores como Beling y Von Liszt, ésta concibe la acción en términos puramente naturalísticos como un movimiento corporal que provoca una modificación en el mundo exterior de modo que acción y resultado deben aparecer unidas por un nexo de causalidad que se determina según la teoría de la equivalencia de las condiciones.

En este sentido, el concepto de acción es puramente objetivo al distinguir entre el impulso de la voluntad que origina el movimiento corporal y el contenido de dicha voluntad, que no pertenece al ámbito de la acción sino de la culpabilidad.

No obstante, este concepto de acción ha sido criticado por la doctrina en la medida en que el mismo no explica debidamente determinadas conductas como son los comportamientos omisivos en los que falta la realización de un movimiento corporal ni los comportamientos de los que no se deriva un resultado.

III. ETAPA NEOCLÁSICA.

Representada por autores como Mezger, ésta no concibe la acción en términos estrictamente naturalísticos sino como un comportamiento necesariamente voluntario que produce una alteración del mundo exterior.

De este modo, se intentan superar las críticas formuladas contra la concepción anterior mediante la introducción de un elemento valorativo consistente en el origen de la acción en la voluntad humana de modo que cualquier comportamiento activo u omisivo con o sin resultado, en tanto dependa de la voluntad humana, se considera como acción.

IV. CONCEPTO FINAL DE ACCIÓN.

Formulado por Welzel en 1931, éste sostiene que la diferencia principal entre la conducta humana y los procesos naturales reside en que el hombre se fija objetivos y prevé las consecuencias de su actuación.

De este modo, la acción deja de concebirse de forma meramente objetiva y pasa a estar formada por un elemento objetivo consistente en el curso causal integrado por el movimiento corporal o su ausencia y el resultado y un elemento subjetivo integrado por el contenido de la voluntad sea dolo o culpa.

No obstante, hay que advertir que también el concepto final de acción ha sido criticado por la doctrina en la medida que sólo se construye sobre la base de los comportamientos dolosos. De este modo, el concepto final de acción no explica suficientemente los comportamientos imprudentes en los cuales el objetivo perseguido

difiere del realizado ni tampoco los comportamientos omisivos en los cuales no existe un dominio del curso causal.

V. CONCEPTO SOCIAL DE ACCIÓN.

Representado por Jescheck e introducido en España por Rodríguez Mourullo, éste surge como intento de superar los defectos de los conceptos causal y final de acción al englobar en un solo concepto todos los comportamientos relevantes para el Derecho Penal.

De este modo, el concepto social de acción configura a ésta como un comportamiento humano socialmente relevante de modo que lo que configura a un comportamiento como acción a efectos penales es su relevancia social.

No obstante, hay que señalar que también el concepto social de acción ha sido criticado por un sector de la doctrina en la medida en que conduce a una confusión entre la relevancia social y la relevancia jurídico-penal. De este modo, la teoría social de la acción termina convirtiéndose en una teoría de la acción típica ya que es en la tipicidad donde se estudia la relevancia jurídico-penal de una conducta.

7- MANIFESTACIONES DE LA ACCIÓN.

En cuanto a las manifestaciones de la acción, ya hemos señalado que esta puede consistir en un comportamiento activo u omisivo. En este sentido, distinguimos entre delitos de acción y delitos de omisión.

En cuanto a los delitos de acción, éstos pueden ser de mera actividad o de resultado según el tipo se consume con la mera realización del movimiento corporal o exija también la producción de un resultado.

En cuanto a los delitos de omisión, éstos pueden ser de omisión propia u omisión impropia según impliquen la simple falta de realización de una conducta o contemplen también la falta de evitación de un resultado.

En relación con la omisión impropia, el art. 11 CP (red. 2015) fija una cláusula específica de incriminación de estos delitos al disponer que:

Los 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.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

8-EL RESULTADO COMO ELEMENTO DE LA ACCIÓN

En cuanto al resultado como elemento de la acción, éste puede adoptar distintas formas como son las siguientes:

Primero, una alteración del mundo exterior perceptible por los sentidos que es el significado que atribuye al resultado los conceptos puramente naturalistas de la acción.

Segundo, una alteración del mundo psíquico como la que producen los delitos de amenazas o injurias en el sujeto pasivo de los mismos.

Tercero, una ausencia de alteración en el mundo exterior debido a la no ejecución de una acción esperada.

Por último, un riesgo potencial que es el resultado característico de la tentativa.

En cuanto a las clases de delito en función del resultado, distinguimos entre delitos de lesión o de peligro según exijan un daño efectivo al bien jurídico en cuestión o la mera probabilidad de un daño.

En particular, los delitos de peligro pueden ser de peligro concreto o abstracto según requieran la creación efectiva de un peligro de lesión inmediata o la conducta se presuma por sí misma peligrosa sin requerirse aquel peligro de lesión.

9- POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA ACCIÓN.

Son delitos de resultado aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo, el resultado debe ser la proyección del riesgo que la acción creaba.

Por el contrario, los delitos de mera actividad son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo.

Es doctrina del Tribunal Supremo, como es exponente la Sentencia 487/1997, de 7 de abril, que entre los diferentes criterios que se tienen en cuenta para la clasificación de las figuras delictivas uno se fija en la relación existente entre la acción y el objeto de la acción, y ello da lugar a la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad. Los delitos de resultado presuponen en el tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio- temporalmente. Por el contrario, en los delitos de actividad el tipo de injusto se agota en una acción del sujeto, sin que deba producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente. Siendo indiferente para ello el hecho de que el culpable consiga o no el propósito que sirvió de móvil al delito, lo que pertenece a la fase de agotamiento de la infracción criminal.

10-RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Para afirmar la realización del tipo en los delitos de resultado, tiene que haber un nexo de unión entre acción y resultado, que plantea dos cuestiones:

- Hay que establecer si la acción es causa del resultado, se suele solucionar acudiendo a la relación de causalidad.
- Determinar quién es el responsable, el sujeto activo.

Para imputar un resultado a la acción es necesario que la acción causante del resultado haya creado un riesgo no permitido que debe haberse realizado en el resultado siempre que el resultado esté cubierto por el alcance del tipo. Se extraen dos notas:

- La causalidad es presupuesto mínimo. Tiene que existir relación de causalidad entre acción y resultado. Esto se resuelve por la teoría de la equivalencia de las condiciones o “conditio sine qua non”. Una condición es causa de resultado mediante el

expediente de suprimir mentalmente una causa. Si eliminamos mentalmente una condición y si esta, una vez suprimida, no es causa del resultado, no existe relación entre esa acción y el resultado.

– Hay que limitar la causalidad para evitar consecuencias desproporcionadas. Para afirmar la imputación tiene que cumplirse tres condiciones:

- A - Creación de un riesgo típicamente relevante.
- B - La realización del riesgo en el resultado típico.
- C - Que el resultado esté cubierto por el alcance del tipo.

A - Creación de un riesgo típicamente relevante

Constituye el fundamento del injusto penal. Una acción es peligrosa cuando aumenta de manera no insignificante la probabilidad de que se produzca un resultado. La acción peligrosa que supera el riesgo permitido es la acción que reúne la peligrosidad objetiva que quiere evitar el Derecho Penal. Así se dará el primer presupuesto de imputación objetiva, y permite negar responsabilidad en tres casos:

- 1- Casos de disminución de riesgo. Si la acción disminuye el riesgo preexistente y mejora la situación del bien jurídico no crea un riesgo típicamente relevante y no imputamos resultado.
- 2- Casos de ausencia de riesgo. Si la acción crea un riesgo desaprobado, cuando haya ausencia de riesgo ese comportamiento es irrelevante para el Derecho Penal. En la práctica hay acciones que producen resultado pero que no superan el riesgo permitido y no tienen relevancia penal.
- 3- Casos de riesgo permitido. No basta con que la conducta sea peligrosa. Si la conducta no supera el riesgo permitido, no hay relevancia penal.

B - La realización del riesgo en el resultado típico.

Hay que comprobar en el caso concreto que el resultado es la materialización del riesgo del autor con su acción. Cuando intervienen varios factores, el criterio que más ayuda es el del fin de protección de la norma de cuidado infringida. Hay que preguntarse si el riesgo que ha dado lugar al resultado es de aquellos que pretendía evitar la norma que ha infringido el autor. Si la finalidad de esa norma era evitar ese resultado se le imputa el resultado al autor.

- a- Casos de desviaciones del curso causal. Cuando el resultado se produce por un curso causal anómalo o por la desviación del curso causal por nuevos factores de riesgo que no son conocibles ni previsibles. En este caso, la acción produce una lesión de la que se deriva un resultado más grave por otro factor de riesgo natural, de una tercera persona o de la propia víctima.
- b- Casos de comportamientos alternativos conforme a Derecho. Se discute si hay imputación objetiva en casos en los que el resultado con seguridad se hubiera producido igualmente con un comportamiento ajustado a Derecho. En estos casos en los que la acción crea un riesgo de forma imprudente que

produce un resultado pero podemos demostrar que si se hubiera actuado correctamente se hubiera producido igualmente el resultado con seguridad o probabilidad. En estos casos se niega la imputación objetiva cuando se compruebe que el resultado se hubiera producido aún actuando correctamente.

- c- Casos no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. No hay imputación objetiva cuando la norma infringida por el sujeto no tiene por finalidad evitar el resultado.

C - Que el resultado esté cubierto por el alcance del tipo.

Por regla general basta el riesgo relevante y el resultado típico para que se afirme la vertiente objetiva aunque hay casos en los que hay que comprobar que el resultado que se produce es de aquellos que la norma pretende evitar. En este caso se habla del resultado del tipo.

- a- Supuestos de puesta en peligro voluntaria de la víctima por sí misma o por un tercero. Se trataría de dos situaciones con tratamiento similar:
 - a. Participación de un tercero en la autopuesta en peligro de la víctima. El control de la acción de riesgo está en manos de la víctima, la víctima se pone en peligro y el tercero le ayuda en la acción de riesgo.
 - b. Puesta en peligro de un tercero consentida por la víctima. En la heteropuesta en peligro el control de la acción de riesgo está en manos del tercero pero con el consentimiento de la víctima.

La cuestión que se plantea es si el resultado que se derive conocido y consentido por la víctima es imputable al tercero. La participación de un tercero en la autopuesta en peligro dolosa de la propia víctima. En estos casos se niega la imputación objetiva a la acción de participación del tercero porque el resultado es la concreción creada por la propia víctima y, además, porque el riesgo no es típicamente relevante. Es un riesgo atípico que no está dentro del tipo penal. En tipos penales que requieren la lesión de un bien jurídico ajeno la autolesión es impune por atípica, es decir, el riesgo que se crea para el bien jurídico creado por el titular del bien, la víctima, no está cubierto por la previsión penal. En estos casos, la participación del tercero en la autolesión es impune como establece el principio de accesoriedad de la participación. En estos casos se excluye la imputación objetiva. Tiene que tratarse de casos que haya una autopuesta en peligro voluntaria. Para resolver si cabe o no imputar el resultado a la acción de riesgo establecemos una equivalencia con entre la autopuesta y heteropuesta en peligro. Esta equivalencia no siempre se puede usar porque no todos los casos se resuelven igual. En los casos de puesta en peligro ajena dependemos de la capacidad de la otra persona. Requisitos:

– Que el resultado producido sea concreción del riesgo corrido por la víctima como consecuencia de la acción del tercero. La víctima tiene que tener la misma responsabilidad por la acción que el autor.

– La víctima y el tercero tienen que ser conscientes por igual del riesgo.

En estos casos, la heteropuesta en peligro es igual a la autopuesta y se niega la imputación objetiva.

b- Supuestos de atribución del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno. Estos casos falta la realización de riesgo en el resultado por desviación del curso causal en los que aparecen otros factores de riesgo, se provoca de forma imprudente acciones arriesgadas de salvamento en donde hay diversidad entre el objeto puesto en peligro y el finalmente lesionado y hay previsibilidad de los eventuales resultados lesivos. Respecto a la persona que ha generado la situación de peligro, hay quien dice que debe responder siempre que esa situación se haya creado de forma imprudente o dolosa.

c- Casos de consecuencias tardías. Aquellos daños sobrevenidos por el paso del tiempo como consecuencias tardías por un daño anterior. Se discute si se puede o no imponer al autor de los daños iniciales los daños posteriores que puede sufrir la víctima como consecuencia de otro factor de riesgo pero vinculado al daño inicial. El caso más problemático es cuando la acción inicial causa un daño permanente a la víctima y que le produce una discapacidad física o de defensa. En estos casos, no se imputa el daño posterior porque cae fuera del ámbito de protección del tipo penal que inicialmente se vulneró. La única forma de valorar estos daños posteriores es a la hora de medir la pena de la primera acción. No se imputan los daños sobrevenidos porque el peligro posterior que genera el daño sobrevenido no se puede considerar como riesgo típico de la primera acción. Al autor de la acción inicial no se le puede convertir en garante.

No es la concurrencia de efectos típicos lo que condiciona el resultado penal, sino la producción de un estado que contradiga lo protegido por la norma penal. Desde una perspectiva normativa, el resultado penal se considerará un efecto del comportamiento pero sobre el objeto protegido por el Derecho, sin que sea necesaria la presencia de un efecto típico, cuando hay un objeto de acción o del delito. Por ello se considera como resultado penal aquella situación o estado creado, distinto de la conducta que lo origina, con relación al bien jurídico penal y que es valorado en forma negativa. Es una situación que contradice aquella que la norma penal tutela, con independencia de que incida o no con un efecto físico externo¹.

¹ Vargas Pinto Tatiana. “Delitos de peligro abstracto y resultado”. Editorial Aranzadi S.A. 2007. Págs 206-207

11-CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Tratándose de delitos de resultado, la acción y el resultado deben hallarse unidos por una relación de causalidad.

En este sentido, la relación de causalidad constituye un problema de índole puramente naturalística y exento de valoraciones normativas.

Sin embargo, una vez establecida la relación de causalidad, se plantea la cuestión de determinar si el resultado causado es objetivamente imputable al autor de la acción u omisión ante lo cual surgen las modernas teorías de la imputación objetiva.

12-TEORÍAS SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

En cuanto a las teorías sobre la relación de causalidad, distinguimos las siguientes:

Primero, la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Segundo, la teoría de la causalidad adecuada.

Tercero, la teoría de la causalidad eficiente.

Por último, la teoría de la relevancia.

I- TEORÍA LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES O TEORÍA DE LA CONDUCTIO SINE QUA NON.

Formulada por Glaser y desarrollada por Von Buri, ésta sostiene que si suprimida mentalmente una acción desaparece el resultado, entonces la acción es causa del resultado.

En este sentido, el curso causal no se interrumpe por la culpa del lesionado o la intervención de un tercero o de acontecimientos fortuitos.

Sin embargo, el curso causal sí se interrumpe cuando un hecho posterior impide que continúen los efectos del anterior y produce por si mismo el resultado.

Por otro lado, esta teoría ha sido criticada por la doctrina sobre la base de los siguientes argumentos:

En primer lugar, que incurre en el defecto de identificar causa con condición con la consecuencia de atribuir a todos antecedentes de un hecho la misma relevancia jurídica a efectos de sanción penal.

En segundo lugar, que no analiza la relación de causalidad de manera directa sino hipotética ya que sólo es posible afirmar que desaparecida la acción no se hubiera producido el resultado una vez que se conoce la existencia del nexo causal. Sin embargo, si no se conoce el modo de operar de la causa, la mera eliminación mental de la acción no permite determinar si aquélla ha tenido influencia en el resultado.

Por último, que no ofrece resultados positivos en los supuestos de causalidad por adelantamiento en los que el resultado se hubiera producido por cualquier otra causa de no haber mediado la acción ni tampoco en los de causalidad acumulativa como sucede cuando varios partícipes infieren múltiples lesiones mortales a la víctima.

II- TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Formulada por Von Kries, ésta sostiene que para los efectos penales, sólo es causa del daño aquel antecedente que, de acuerdo con la experiencia es más probable o razonable que ocasionase tal daño.

En este sentido, la doctrina subraya que corresponde al Juez, como observador imparcial, formular el juicio de probabilidad representándose mentalmente el momento de la comisión del hecho de acuerdo con las máximas de experiencia y la particular del autor.

III- TEORÍA DE LA CAUSALIDAD EFICIENTE.

Esta sostiene que para los efectos penales, sólo es causa del resultado el antecedente más decisivo de éste o, lo que es lo mismo, aquél que tenga fuerza suficiente para producir el resultado con la concurrencia o no de otros factores.

IV- TEORÍA DE LA RELEVANCIA.

Representada por autores como Mezger, ésta parte del concepto de causa formulado por la teoría de la equivalencia de las condiciones pero se aparta de ella al considerar que no todas las condiciones son equivalentes desde el punto de vista jurídico ya que hay condiciones relevantes e irrelevantes.

En este sentido, la distinción entre unas y otras deberá efectuarse partiendo del sentido de los tipos penales ya que éstos expresan implícitamente cuáles de los posibles nexos causales tienen relevancia penal y cuáles no.

13- IMPUTACIÓN OBJETIVA

I- TEORÍAS DOCTRINALES

Pasando a ocuparnos de la imputación objetiva, ya hemos señalado que una vez establecida la relación de causalidad, se planteará la cuestión de determinar si la lesión producida al bien jurídico le es imputable al autor de la acción u omisión.

En este sentido, las teorías de la imputación objetiva parten de la relación de causalidad comprobada según la teoría de la equivalencia de las condiciones y tratan de determinar si el resultado producido es objetivamente imputable a su autor lo que ocurrirá, según Jescheck, cuando la acción haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico.

No obstante, hay que destacar que la relación de causalidad no siempre constituye una condición indispensable para la imputación objetiva. En efecto, tratándose de delitos de comisión por omisión, solo es posible afirmar una causalidad hipotética basada en juicios de probabilidad. Del mismo modo, tratándose de supuestos de complicidad, la doctrina no exige unánimemente una relación de causalidad entre el hecho auxiliar y el resultado del hecho principal.

II-REQUISITOS

En cuanto a los requisitos de la imputación objetiva, distinguimos los siguientes:

-1.- En primer lugar, será necesario que la acción haya creado o incrementado un riesgo. Por tanto, no habrá imputación objetiva cuando el sujeto haya realizado la acción con el fin de evitar un resultado más grave como sucede con el guardaespaldas que lanza al suelo a la víctima para evitar que sea alcanzada por un proyectil.

-2.- En segundo lugar, será necesario que el riesgo creado por el agente se encuentre jurídicamente desaprobado. Por tanto, no habrá imputación objetiva cuando la acción no haya creado un riesgo jurídicamente relevante como sucede cuando el sujeto envía al bosque a otra persona en noche de tormenta con la esperanza de que le alcance un rayo para heredarlo.

-3.- En tercer lugar, será necesario que el riesgo se haya materializado en un resultado típico que constituya el correlato lógico del riesgo creado. Por tanto, no habrá imputación objetiva cuando el resultado producido no suponga la realización del peligro inherente a la acción como sucede cuando la víctima muere al resbalar sobre suelo mojado tras ser levemente empujada por el sujeto.

-4.- Por último, será necesario que el resultado se encuentre en el ámbito de protección de la norma que desapueba el riesgo creado. Por tanto, no habrá imputación objetiva en casos como un accidente de tráfico acaecido durante un adelantamiento antirreglamentario pero como consecuencia de un defecto material del vehículo ni tampoco cuando el herido por tentativa de asesinato es alcanzado por un rayo en el lugar del hecho y fallece durante su traslado.

III-EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA PENAL

Pasando a ocuparnos del criterio de jurisprudencia penal, hay que señalar que el Tribunal Supremo ha seguido tradicionalmente la teoría de la equivalencia de las condiciones aplicando el aforismo *causa causae causa causati est* o, lo que es lo mismo, lo que es causa de la causa es causa del mal causado.

Sin embargo, la misma jurisprudencia ha elaborado una teoría correctiva de la anterior llamada teoría de la consecuencia natural y el accidente extraño que trata de resolver si la presencia de determinadas circunstancias sobrevenidas o concomitantes en un curso causal puede conducir a la negación de la atribución del resultado al sujeto activo de la acción.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado accidentes extraños el abandono o descuido del herido, la inobservancia del tratamiento curativo prescrito por el facultativo o el propósito de empeorar su propia situación con el fin de perjudicar al procesado.

Por el contrario, no se han considerado como tales las concausas preexistentes como el estado de debilidad física en que se encontraba; las concausas concomitantes como el terror producido por la agresión ni las concausas posteriores como el no haberse procedido a una intervención quirúrgica.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha empleado en ocasiones las teorías de la causalidad adecuada o de la causalidad eficiente. Del mismo modo, la jurisprudencia viene acogiendo el concepto de imputación objetiva como criterio de relevancia penal pero partiendo de la relación de causalidad determinada según la teoría de la equivalencia de las condiciones.

14-EL ACOSO LABORAL COMO DELITO DE RESULTADO.

I-DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El acoso moral en el trabajo viene definido como una situación en donde se ejerce una violencia psicológica a través de una conducta de persecución u hostigamiento a un trabajador frente al que de forma sistemática y recurrente, se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores causándole alteraciones psicosomáticas de ansiedad y lograr que finalmente esa persona o personas, al no poder soportar el stress al que se encuentran sometidos, acaben abandonando el lugar de trabajo.

Efectivamente el acoso moral o trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial, infligir a una persona un trato degradante, y un resultado, menoscabando gravemente su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión trato degradante que parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque.

Dispone el art. 173.1 C.P., segundo párrafo, “con la misma pena serán castigados los que en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaleciéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”. A efectos de la consideración del acoso laboral como delito de resultado, sin tener en cuenta la acción (actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima), podemos estudiar

la jurisprudencia anterior a la reforma del 2010 (L.O. 5/2010), por la que se creaba el delito específico de acoso laboral.

El delito de acoso moral constituye una categoría de los que se denominan delitos permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuricidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica, como situación que adquiere, se mantiene y se consolida en el ejercicio constante, por lo que no puede efectuarse separación temporal alguna en la actividad delictiva. Así, en el delito permanente la realización de la conducta típica se prolonga en el tiempo más allá de la inicial consumación, precisamente por ello en el caso que nos ocupa, la prescripción sólo puede iniciarse desde que conste que los acusados han cesado en su actitud de acoso y perdura en tanto que el sujeto pasivo permanece en ese estado de hostigamiento.

Hay que señalar, de acuerdo a la jurisprudencia (SSTS 927/2000 de 24 de junio, 20/2001 de 22 de enero entre otras) que la violencia física o psíquica habitual a que se refiere el artº 173 es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y, especialmente, la integridad moral de las víctimas, quedando excluído el principio non bis in idem, porque el artº 173 establece que las penas se impondrán "sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia", pues , los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

II-ELEMENTOS TIPICOS

La Sentencia del TS, Sala de lo Penal, de fecha 08/05/2002² (RJ 2002/6709), establecía que “El delito del artículo 173 representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido”.

Y en cuanto delito de resultado, continua la sentencia, dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia:

a- un elemento medial (infligir a una persona un trato degradante). La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral

² Sentencia del TS, Sala de lo Penal, de fecha 08/05/2002. Delitos contra la integridad moral. Trato degradante. Bien jurídico protegido: La integridad moral protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular, incluyéndose la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (STS 819/02, 8-5). Conducta delictiva. La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral (STS 819/02, 8-5). Trato degradante. Concepto: Por trato degradante debe entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona (STS 819/02, 8-5). Conducta única o repetida: Aunque parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente ataque, no obstante ello, no hay obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto, es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante, puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello (STS 819/02, 8-5). Menoscabo grave de la integridad moral. Concepto: Se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral (STS 819/02, 8-5). Gravedad: El atentado a la integridad moral ha de ser grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º (STS 819/02, 8-5). Se aprecia. Los acusados pintaron a la víctima desnuda con spray rosa: El acusado fue alejado del núcleo urbano hasta conducirlo a un monte por varias personas, que proceden a desnudarle y pintar con spray todo su cuerpo, llegando a cortarle el pelo con unas tijeras, con la finalidad de humillarle, produciéndole un sentimiento de temor y miedo (STS 819/02, 8-5).

b- un resultado (menoscabando gravemente su integridad moral). Como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral.

15- LA ACCIÓN EN EL DELITO DE ACOSO LABORAL.

I. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

En cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana.

El Auto de la Audiencia Provincia de Cáceres, sección n.º 2, de fecha 29/12/2005, establece que el mobbing entra en el Derecho Penal cuando reúne los elementos del artículo 173 del Código Penal; sus elementos objetivos son, por tanto, el trato degradante (acción) y el menoscabo de la integridad moral (resultado) que ha de ser calificado de grave.

Integridad moral: valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás (TC 120/1990, 27-7 y 53/1985, 11-4; TS 588/2000, 6-4). El atentado a la integridad moral comprenderá:

- a) Un acto de contenido vejatorio.
- b) Un padecimiento físico o psíquico.
- c) Un comportamiento degradante o humillante que incida en el concepto de dignidad de la persona (TS 454/2004, 6-4 y 294/2003, 16-4).

El Tribunal Constitucional en la sentencia de 27 de junio de 1990, califica el trato degradante como la noción mínima graduada de una misma escala en la que se encuentran la tortura y los tratos inhumanos y que en todos sus tramos denotan causación, sea cuales sean los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente. Es pues trato degradante aquella conducta que implica la reducción de una persona a la condición de objeto, de fardo, de mera cosa, su anulación como persona libre, la negativa, en definitiva, de su dignidad de hombre (Sentencia del T.S. de 23-3-1993) o, en palabras de la sentencia de la Audiencia

Provincial de Madrid de 6-3-2003, el trato degradante implica una conducta habitual repetida en relación a situaciones de menor entidad hirientes a la dignidad, recogiendo así la doctrina del TEDH en sus sentencias de 28-1-79 y 25-2-82, o como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23-12-2002, trato degradante es aquel que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. Es, pues, realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreciar o envilecer a alguien afectando a su dignidad humana. Hay trato degradante, dice la sentencia de 17-5-2003 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa allí donde se crea un clima de aislamiento vital, marginación o sometimiento en condiciones vitales inadmisibles. Lo que no puede determinar la existencia del delito es la mera sensibilidad personal. Solo lo que en el concepto y sentimiento general de las personas se tiene por humillante constituye el elemento imprescindible del delito y ello por la sencilla razón de que estamos ante un delito doloso en el que la voluntad de humillar se ha de dar.

La Fiscalía General del Estado, en su circular 1/1998 de 24 de octubre sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar y en relación al artículo 173 del C. Penal señala los actos de violencia psíquica, de escasa gravedad, que en su consideración aislada, darían lugar a una falta de vejación injusta, del art. 620 del Penal, una vez acreditado que se vienen produciendo en forma reiterada, como expresión de un clima de violencia psíquica habitual habrán de ser encajados en el art.173 del C. Penal. No obstante, la aplicación de este precepto exige que se haya producido como resultado un menoscabo de la integridad moral que pueda ser calificado como grave.

Tratándose de un delito de resultado, que requiere el menoscabo de la integridad moral (resultado), nos permite distinguir (STS³ de 16 de febrero, de 2011) entre lo que

³ STS, Sala Tercera, de 16 de febrero, de 2011, Recurso 593/2008. Los mecanismos del mobbing admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones- y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero, en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado -que no colectivo- del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el «síndrome del quemado» (burn- out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos -objetivos y subjetivos- que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral.

propriadamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio abusivo o arbitrario de las facultades empresariales, pues en el primero se lesionan derechos fundamentales de la persona, básicamente su dignidad e integridad moral, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés, mal entendido, empresarial.

Ya antes de la creación del nuevo tipo penal del 173.1 C.P., segundo párrafo, Molina Navarrete C.⁴, consideraba que para la concurrencia del acoso moral era suficiente con que hubiese indicios de un proceso de denigración e intimidación, profesional y personal, sostenido durante un cierto tiempo y frecuencia relevante, que pusiese en peligro concreto la integridad moral de un trabajador.

El tipo penal del 173.1 C.P., segundo párrafo, exige la producción de una grave situación de acoso, que por su propia naturaleza determina una lesión de la integridad. En el delito de acoso laboral es necesario que se produzca la lesión del bien jurídico protegido y no la mera puesta en peligro. Ahora bien, el resultado, consiste en la humillación de la víctima, no es necesario, que se produzca un daño psíquico en el sujeto pasivo, por tratarse de otro bien jurídico.

STC 160/2007⁵, para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela

⁴ Molina Navarrete Cristóbal. "Las nuevas leyes antiacoso: ¿Tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo --mobbing--?". Diario La Ley, Nº 5942, Sección Doctrina, 28 Ene. 2004, Año XXV, Ref. D-23, Editorial La Ley. Me refiero, básicamente, a los dos siguientes elementos: la exigencia de un requisito subjetivo, como es la exigencia de un concreto ánimo o finalidad de persecución, esto es, el carácter deliberado del proceso de acoso moral o de violencia o destrucción psicológica ejercido --carácter «tendencioso» del proceso de presión laboral-- por un lado; la necesidad de que el proceso afecte a la salud psico-física del trabajador, de modo que se haya producido un determinado daño a la salud --normalmente formalizado a través de una o varias bajas por IT--, por otro. Pues bien, como puede desprenderse con facilidad del sentido que marca la nueva legislación, y que en realidad no hace sino acoger las enseñanzas doctrinales y jurisprudenciales derivadas del tratamiento de la discriminación o el acoso sexual, así como de la evolución experimentada por otros conceptos jurídicos, es indiferente para el tipo jurídico elementos subjetivos --el fin perseguido-- u objetivos --daño a la salud-- como los indicados... En consecuencia, urge ya que los Tribunales procedan a corregir estas derivas conceptuales y de tipificación, que no sólo son nefastas o perjudiciales para una eficaz lucha contra el acoso, con la frustración que ello supone para miles de personas afectadas, sino que resultan lisa y llanamente incorrectas en el plano conceptual y contrarias a Derecho en el plano normativo.

⁵ STC 160/2007. Hemos recordado recientemente en nuestra STC 62/2007, de 27 de marzo, que el art. 15 CE ampara de forma autónoma el derecho fundamental a "la integridad física y moral", y que, en relación con tal derecho, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege "la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo

constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)". Voto Particular del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física es requisito necesario que como consecuencia de aquélla se "ponga en peligro grave e inmediato la salud" (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), o se produzca lo que la STC 220/2005, de 12 de septiembre, llamó "un riesgo relevante" que genere "un peligro grave y cierto para la salud del afectado" (FJ 4). En el mismo sentido, la STC 5/2002, de 14 de enero (FJ 4), declaró que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma". Hemos dicho, además, que la declaración de la lesión del derecho fundamental a la integridad física que se infiera el citado riesgo relevante "sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con inmediación" (STC 220/2005, de 12 de septiembre, citada, FJ 4).

Para Portugués Jiménez V. D.⁶, la necesidad de crear una situación de acoso, para determinar su carácter penalmente relevante, es lo que configura este delito como de resultado, y siguiendo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 31/07/2002⁷, que distingue entre condición objetiva de punibilidad y resultado

o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Voto Particular Rodríguez-Zapata Pérez. El artículo 15 CE es el primero de los que integran la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución. Garantiza la libertad de existencia, al proclamar que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes". En este artículo se reconocen derechos fundamentales que integran el denominado trípede vital que está formado por la vida (el ser) la integridad física (la existencia) y la integridad moral (la existencia humana digna). Se vincula al mismo, significativamente, la abolición de la pena de muerte junto a la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes.

⁶ Portugués Jiménez Vanessa D. "Delito de acoso moral o mobbing". Editorial Bosch S.A. Primera Edición 2011. Pág. 48.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 31/07/2002. Desde la dogmática penal es necesario dilucidar si la situación hostil, humillante o intimidatoria constituye el resultado típico o, por el contrario, nos encontramos ante una condición objetiva de penalidad... A continuación, deberá examinarse, si esa situación, ya objetivamente constada es grave. Se superponen así dos elementos valorativos teñidos de circunstancialidad. El criterio del "hombre medio" llamado a efectuar las valoraciones deberá tener en cuenta cuantas circunstancias concurren, desde el examen de la conducta ofensiva hasta el examen de las circunstancias personales de la víctima, pues no olvidemos que se trata de un delito de relación ya que el propio tipo penal los tiene en cuenta, en su apartado tercero para agravar la

típico, establece: "esa determinación nos servirá para determinar si nos encontramos ante un delito de resultado o ante un delito de mera actividad. Las condiciones de penalidad son elementos del tipo que condicionan la imposición de la pena sin pertenecer al injusto ni a la culpabilidad. De ahí que el autor no tenga que conocer su concurrencia. Luego no están abarcados por el dolo, pero debe concurrir en la imposición de la pena. Dicho en otras palabras, el autor no debe conocer que su comportamiento hacia la víctima va a generar una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante aunque esa situación debe concurrir para la declaración de hecho delictivo penado por el Código Penal". En el caso del acoso moral al trabajador la situación de acoso que crea si que está abarcada por el dolo y, por tanto, se trata de un delito de resultado.

16- ELEMENTOS OBJETIVOS

No obstante, hay unas circunstancias que hay que tener en cuenta, como ha puesto de manifiesto De la Cuesta Aguado P. M.⁸, en el caso del acoso será típica la concurrencia de una pluralidad de acciones, o en su caso, de omisiones, los que darán lugar a que la acción u omisión sea típica, la naturaleza del delito, requiere de esa pluralidad. De tal modo, que una única acción u omisión, en sí misma, no tendría un contenido material del injusto suficiente para ser considerada típica, pudiendo ser esto por dos motivos, por no ser idónea para atacar al bien jurídico, o aún, en caso de atacarlo, el mismo sería insignificante, el conjunto de ellas, es lo que las convierte en típicas. Actualmente, el propio tipo penal del 173.1 C.P., segundo párrafo, requiere pluralidad de actos.

La Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Gerona, (ponente Gimeno Lahoz R.), de fecha 17/09/2002⁹, establece que tampoco quedarían incluidos los supuestos que

penalidad. El "hombre medio" deberá realizar su examen valorativo, como ocurre en otras figuras delictivas, comparando la situación descrita y producida con relación a una situación de normalidad en la relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual. Es esa constatación de la "anormalidad" de la relación producida por la ofensa de naturaleza sexual la que debe ser declarada como tal y examinada su gravedad, en función del alejamiento a la situación de normalidad.

⁸ De la Cuesta Aguado Paz Mercedes. Derecho penal y acoso en el ámbito laboral", Violencia y Género en el trabajo, respuestas jurídicas a problemas sociales. Sevilla. 2004. Pág. 134.

⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Gerona, de fecha 17/09/2002. La denigración laboral, es algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y es conocido. Tal concepto es más amplio que la referencia antedicha del vacío laboral, pero entiendo que comprende mejor todos los supuestos posibles de tendenciosidad, los cuales no siempre pasan por esta arma del vacío laboral. A su

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. El mobbing exige una víctima, un presionado, porque si éste no existe lo único que tendremos será un comportamiento malintencionado, o maledicente por parte del sujeto activo, pero no una presión... La tendenciosidad, tanto en su vertiente finalista, como en su vertiente de comportamiento abyecto, se convierte en la columna vertebral del mobbing... en su acepción finalista, significa que la presión laboral "tiende a", o dicho de otra forma que responde a un plan... Dicho plan requiere de una permanencia en el tiempo; para que se pueda hablar de un comportamiento "tendente a", es necesario que tales manifestaciones de voluntad se repitan a lo largo de un período, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de mobbing... en puridad el mobbing no busca el daño por el daño, busca que ese daño genere un resultado. 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, tanto por buscar la denigración laboral, como por buscar la autoeliminación.

En la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de fecha 28/11/2003 (Rec. 2.147/2003), el Voto Particular de Hernández Vitoria M.J., manifiesta que en el mobbing concurren los siguientes elementos: 1) el bien jurídico protegido, que no es otro sino el derecho a la dignidad personal del trabajador, de ahí su directo enlace con el derecho constitucional tutelado en el art. 15 CE. 2) La forma en que se produce la lesión de ese derecho, lo que implica por parte del sujeto activo (empresario u otros trabajadores compañeros del ofendido) una conducta caracterizada por: A) un acoso u hostigamiento a un trabajador mediante cualquier conducta vejatoria o intimidatoria de carácter injusto; B) reiteración en el tiempo de dicha conducta, siguiendo una unidad de propósito; C) perseguir una finalidad consistente de modo específico en minar psicológicamente al acosado, logrando así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el acosador. La falta de ocupación efectiva del trabajador constituye, a tenor de la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación para unificación de doctrina de 8/11/93 (R 8559), incumplimiento de la suficiente gravedad como para tener encaje en el apdo. 1.c) del art. 50 E.T., siendo a estos efectos irrelevante el que se abone salario, pues lo decisivo es que la empresa exterioriza frente

vez la búsqueda de la denigración laboral, es una acepción que se queda en la esfera laboral, con lo que también me parece más acertado que la referencia a la patología, a la búsqueda del daño psicológico. La búsqueda de la autoeliminación es su aspecto esencial, y es especialmente repugnante para la moral social colectiva, tanto por las consecuencias que tiene para la víctima, como por su cobardía. En lugar de plantear el conflicto de forma que se resuelva con las reglas laborales vigentes (indemnización por despido improcedente, acuerdo pactado para la extinción de la relación laboral...etc.), se busca alcanzar un acto unilateral del adversario, con la obvia pretensión de sortear su amparo legal. Una vez que es el propio sujeto pasivo de la presión, quien solicita el abandono del puesto de trabajo, definitivo o médico; el objetivo del mobbing se ha cumplido, y el fraude a la ley se ha consumado.

al propio trabajador y frente a terceros la nula valoración personal y profesional que le merece aquél, razón por la que prescinde totalmente de sus servicios, mostrando la inutilidad de los mismos.

Igualmente la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria, de fecha 16/12/2005¹⁰, recoge que se han destacado también como elementos del "mobbing" la presión laboral y que ésta sea tendenciosa. Que es necesario para que exista "mobbing" que se ejerza una presión y que la víctima sienta esta presión, entendiéndose por tal la conducta que desde un punto de vista objetivo pueda ser percibida como un ataque; por lo que debe descartarse de este concepto de presión los supuestos de roces laborales que por su escasa importancia no puedan ser incardinados dentro de este elemento. Sin embargo, se descartan las situaciones que revelan un conflicto entre trabajador y los superiores jerárquicos u otros trabajadores, siendo que, aunque sean abusivos, a veces no pueden encuadrarse dentro del acoso moral, como tampoco los supuestos de presión frustrada o en grado de tentativa, exigiendo siempre una víctima, a la que se le causen daños psíquicos, debiendo éstos ser probados por el trabajador.

Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5, de Santander, (ponente Gimeno Lahoz R.), de fecha 15/10/2009¹¹, para que podamos hablar de mobbing, es necesario que se

¹⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria, de fecha 16/12/2005. Que esta presión debe ser sufrida como consecuencia de la actividad laboral que se realiza en el lugar de trabajo, y además debe ser tendenciosa, es decir, debe responder a un plan explícito o implícito, requiriendo permanencia en el tiempo, ya que para que exista "mobbing" debe repetirse a lo largo de un período, no pudiendo constituir un hecho puntual. Se precisa por tanto una reiteración de comportamientos; siendo la esencia del "mobbing" el perseguir la denigración laboral provocando la autolimitación del trabajador. Que los mecanismos del hostigamiento o presión hacia un trabajador, se pueden cometer por parte de sus superiores o de la empresa a través de diversos medios o formas.

¹¹ Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5, de Santander, de fecha 15/10/2009. La presión normalmente es sin contacto físico, pero también puede darse el caso de que sea con contacto físico. Actitudes repetidas de un trabajador sobre otro, como puede ser el estirón de orejas respecto a quien es objeto de mofa por las mismas, el pisotón o la "colleja" diaria a quien se le dice que está siempre en medio, u otras conductas similares, entran de lleno en lo que es presión, y por lo tanto pueden dar lugar a mobbing... Dicho plan requiere de una permanencia en el tiempo. Para que se pueda hablar de un comportamiento "tendente a", es necesario que tales manifestaciones de voluntad se repitan a lo largo de un período, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de mobbing... En este punto me parece importante rechazar de forma franca la exigencia temporal de uno de los pioneros en la divulgación del mobbing, Heinz Leymann. Para el profesor Leymann, era necesario que se tratase de una conducta repetida de forma sistemática y recurrente -al menos una vez por semana- y durante un tiempo prolongado, más de seis meses. Pero esto era una valoración clínica, es decir, de la de la depresión reactiva a conflicto laboral en los casos patológicos, y no del mobbing. Por otro lado, y dejando a un lado que no existiría ningún caso de mobbing prácticamente por su gran dificultad probatoria ante los Tribunales, dicha exigencia temporal es arbitraria e injustificada. Arbitraria porque es un plazo de tiempo que no responde a razonamiento alguno, o acaso dicha conducta de acoso psíquico deja de ser mobbing por el hecho de que durante una semana la víctima haya dejado de ser el punto de atención de los hostigadores, o porque dicho comportamiento sólo haya perdurado cinco meses -seguramente por no haber aguantado más la víctima-. La respuesta, a mi modo de ver, es única. Pero

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. Es irrelevante a efectos de afirmar la existencia de presión que ésta haya llegado a generar o no, bajas laborales en la víctima, u otros estigmas, pues ello tiene aquí un carácter accesorio; tiene importancia y mucha, para otras vertientes del problema como es la prueba, o la cuantificación de la indemnización resarcitoria, pero no para afirmar que ha existido un ataque a la persona. Si ha existido dicho ataque sobre la víctima, y se reúnen el resto de los requisitos que se analizan a continuación, se habrá producido una presión laboral tendenciosa... 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. Tanto si ésta se produce mediante malas palabras, como si se produce mediante miradas, risas, o "dándose la vuelta", estamos ante una presión, y en este sentido no se debe olvidar que una de las formas más efectivas del mobbing, es hacer el vacío a la víctima... La reiteración de comportamientos no es mas que la consecuencia lógica de un plan, de un actitud tendente a un resultado, pero será en el caso concreto, y sólo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos como evidenciadores de dicho fin... Dicho plan evidencia que el mobbing es doloso. El mobbing es un conjunto de comportamientos destinados a un fin, y esos comportamientos se realizan consciente y voluntariamente. Otra cosa es que el sujeto activo no crea que esté haciendo nada ilegal, sino ejerciendo su trabajo de forma diligente; pero esta creencia, que por otro lado es muy frecuente, no exonera de que tal conducta, precisamente por ser finalista, se realice de forma consciente y voluntariamente, es decir, de forma dolosa.

17-LA DENIGRACIÓN LABORAL.

I-DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

En los tribunales de justicia se suele alegar como defensa, que lo que existía era una presión laboral tendente a la diligencia del trabajador; que sea eso, o que sea una

además de arbitraria, es injustificada respecto a la víctima; ¿por qué debemos obligar al sujeto pasivo que aguante tanto tiempo para poder decir que hay mobbing y consecuentemente sancionarlo?... El mobbing no es un accidente; el mobbing no es algo ajeno a la conciencia y voluntad del sujeto activo, y entenderlo así como un mero resultado de una conducta acaecida en la empresa, se sobre-entiende que para facilitar su prueba, sólo provoca re- victimizar a la víctima de una conducta intencionada. El mobbing es doloso, y este dolo no tiene por qué acreditarse con la confesión del sujeto activo; bastará (como ocurre con otras figuras jurídicas como el ensañamiento) que se desprenda de los hechos acaecidos, y a ello se refiere el apartado siguiente. Tendenciosidad en su vertiente de comportamiento abyecto, significa que no es admisible por la conciencia social el resultado que se busca con dicha presión laboral.

presión laboral tendente a la autoeliminación del trabajador (que es el fin del mobbing), lo determinará el mecanismo empleado.

La denigración laboral, es la herramienta o "mecanismo" para alcanzar el objetivo antedicho en el mobbing. El concepto de denigración laboral es más amplio que la referencia del vacío laboral, pues comprende mejor todos los supuestos posibles de tendenciosidad, los cuales no siempre pasan por el mecanismo del vacío laboral. A su vez la utilización de la denigración laboral, es una acepción que se queda en la esfera laboral, con lo que también me parece más ajustada que las referencias a la patología de la víctima (búsqueda del daño psicológico), la cual puede llegar a producirse o no.

La denigración laboral, la ofensa severa de la opinión o fama de alguien, es el mecanismo, y con él se cierra el círculo de lo que es la quiebra de un derecho fundamental constitucional: la integridad moral (art.15 C.E.), entendido como el derecho de toda persona, por el hecho de serlo, a desarrollarse libremente en su actividad, quedando protegido frente a comportamientos que transmitan sensación de envilecimiento o humillación.

En la Sentencia del TS, Sala de lo Penal, núm. 38/2007, la jurisprudencia ha admitido la autonomía del delito contra la integridad moral respecto de otras infracciones con las que puede concurrir. La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

La STS, Sala de lo Penal, de fecha 02/04/2013, establece que en cuanto al bien jurídico de la integridad moral que ha de ser menoscabado gravemente, la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa "cosificarlo", circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana. La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda de que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica

propia, autónoma e independiente de aquellos derechos; y tan evidente es así que los arts. 173 y 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes y las producidas a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos (SSTS 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3).

Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad (SSTS 233/2009, de 3-3; 1061/2009, de 26-10; y 255/2011, de 6-4). Sin embargo, conviene resaltar que la reiteración de esas infracciones de carácter leve durante un extenso periodo de tiempo acaban adquiriendo el carácter de trato degradante, al generarse un cambio cualitativo de la conducta debido a su intensidad y a los graves efectos vejatorios y humillantes que producen en las víctimas, menoscabándoles así su integridad moral y materializándose incluso en unas lesiones psíquicas...En cuanto al tema de la prescripción, no cabe apreciarla, habida cuenta que, se inició en el año 2002 y se extendió hasta octubre de 2006, debiendo ser considerados los hechos como una unidad típica de acción con respecto a cada una de las víctimas, al configurar precisamente esa repetición de actos la condición de trato degradante que requiere el tipo penal.

Hay que tener en cuenta que el padecimiento físico o psíquico no es necesariamente vejatorio, por ello la imputación de un delito contra la integridad moral, debe contener una descripción de los actos de contenido vejatorio y humillante en relación concreta al sujeto pasivo de los mismos. En este sentido la sentencia del TS, Sala de lo Penal, de fecha 6/4/2011, establece que la jurisprudencia, aun habiendo reconocido las dificultades de interpretación que presenta el artículo 173.1 del Código Penal (STS nº 2101/2001), ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflija a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral". (STS nº 1061/2009, de 26 de octubre). Como elementos de este delito del at. 173.1 C.P., se han señalado (STS nº 233/2009, de 3 de marzo): a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito".

Como resultado, exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor

entidad. Por otra parte la jurisprudencia ha admitido la autonomía del delito contra la integridad moral respecto de otras infracciones con las que puede concurrir.

En este sentido de la autonomía de la integridad moral, que debe resultar lesionada, frente a otras infracciones concurrentes, la Sentencia del TS, Sala de lo Penal, de fecha 29/03/2012, establece que el art. 173.1 C.P., teniendo como bien jurídico protegido la dignidad de la persona humana (art. 15 de la CE), con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa "cosificarlo", circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana, en el caso concreto se distinguen agresiones de dos tipos: a) Físicas. Esposado el detenido con grilletes y atado a una silla durante tres o cuatro horas fue golpeado brutalmente con la culata de una pistola, con una porra extensible, con puñetazos, sufrió asimismo descargas eléctricas. b) Psíquicas: Amenazas de cortarles los dedos del pie con un cuchillo. Es indudable que los crueles y duros ataques al cuerpo y a la psique del detenido con intención de causar el máximo daño, hasta el punto de obligarle a confesar y restituir parte de la droga sustraída, constituyen una verdadera tortura para el detenido, creando en el mismo un sentimiento de angustia e inferioridad susceptible de humillarle y envilecerle, intentando de ese modo quebrar su resistencia física y moral. Los acusados trataron al sujeto pasivo como un objeto, lo que constituye un ataque contra la integridad moral de indudable gravedad. El propósito que pudiera guiar a los recurrentes resulta indiferente si objetivamente llevaron a cabo actos capaces de humillar y envilecer al ofendido.

Igualmente la Sentencia del TS, Sala de lo Penal, de fecha 26/10/2009, independientemente de los actos de violencia física, con el dolor no sólo físico sino moral sobre la perjudicada, tales actos descritos llevan consigo la nota de "envilecimiento y humillación", que corresponde al tipo del art. 173.1 CP. Ello no supone sino la aplicación de la doctrina de esta Sala, en cuanto que ha venido proclamando (Cfr. STS de 8-5-2002, nº 819/2002) que el delito del artículo 173 CP representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante"), y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral"). Por trato degradante habrá de

entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral".

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante" que, en cierta opinión doctrinal, parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado, se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana.

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º del CP.

Por su parte la STS de 30/06/2005, nº 889/2005, nos dice que este delito, que también puede tener encaje en el artículo 15 de la Constitución, cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de las personas, tiene un valor autónomo que le hace compatible con otros delitos que podríamos llamar principales como son el de detención ilegal y el de lesiones. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993, y las de esta Sala 2ª de 8 de mayo de 2002 y 5 de julio de 2003.

Inciendiando en la independencia de la integridad moral como bien jurídico autónomo, en relación al resultado de la acción, hay que atender a ciertas características subjetivas de la víctima. Es de destacar la Sentencia del TS, Sala de lo Penal, de fecha

27/01/2011. La sentencia que fue objeto de casación fue dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, condenando a dos acusadas como autoras de un delito de asesinato, de un delito contra la integridad moral y de un delito continuado de coacciones. En relación al delito contra la integridad moral, la víctima, Esther, se encontraba en proceso de transformación sexual a través de un tratamiento hormonal por prescripción médica, después de haber obtenido los necesarios informes psicológicos que lo recomendaban.

En el noveno de los Hechos probados de la sentencia se recoge que las acusadas, “conociendo que ella (Esther la víctima) se sentía a sí misma como un hombre y que jamás se había vestido de mujer, la vistieron con una minifalda, un top y unas sandalias de tacón y la obligaron a salir a la calle con ellas y pasear vestida de esta forma”.

Vestir de mujer a una mujer, ¿es humillante?, pues sí, para determinarlo hay que atender siempre al caso concreto, lo que para una persona no es degradante para otra si puede serlo. Por ejemplo, para una persona de religión musulmana es humillante obligarle a comer carne de cerdo, mientras que para una persona con otras creencias no.

Otro comportamiento degradante que atribuye la sentencia a las acusadas, consistió en someter a la víctima, contra su voluntad, a una acción consistente en depilar el vello que cubría una parte de su cuerpo grabándolo en vídeo para mostrarlo luego a terceras personas, cuando se trataba de una persona que en esos momentos se encontraba sometida a tratamiento hormonal con la finalidad de seguir un proceso de cambio de sexo femenino al masculino.

En el caso, aunque son varios los comportamientos imputados a las acusadas a los que el Tribunal de instancia atribuye un significado degradante causante de un grave menoscabo en la integridad moral. No puede negarse en modo alguno el significado degradante que muestra tal conducta, en todos sus aspectos, tanto por la sumisión que se impone a la víctima como por el hecho de mostrarlo a terceras personas. También resulta con claridad la independencia de esta conducta respecto de otras que han merecido otras calificaciones jurídico-penales, pues, considerando el mero aspecto fáctico, se ejecuta en momentos temporales diferentes.

Como resultado, exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad. En este sentido el TC ha señalado en la STC nº 120/1990, de 27 de junio, que el artículo 15 de la Constitución garantiza "el derecho a la integridad física y moral. Mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular".

¿Se trata de comportamientos banales?, esto depende de la víctima, de la concreta persona que sufra el comportamiento del sujeto activo.

En otras sentencias del TS se recoge como comportamiento humillante, marcarle en el cuerpo a la víctima una esvástica. Si el sujeto pasivo tuviese una ideología de tipo nacionalsocialista, esto posiblemente no fuese humillante para él.

18-LA INTEGRIDAD MORAL

I- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

La integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflija a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral. Tanto la Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos como la vida, la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor y tan evidente es así que el art. 173 y el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

El TEDH¹² establece que el derecho a no sufrir tratos degradantes integra el derecho a la propia apariencia personal, siempre que lo que se pretenda con el cambio de apariencia de la víctima es su humillación.

Para Villegas Fernández J.M.¹³, hay que atender a la voluntad del sujeto pasivo, la noción trato degradante ha sido concebida exclusivamente por su capacidad de generar sensaciones aflictivas. Por consiguiente, un mismo hecho merecerá calificaciones distintas en función del sujeto que lo padezca. Si alguien sabe lo que hay hacer para hacer resbalar a un ser humano por la pendiente de la vergüenza, zozobra o

¹² Sentencia de 1 de diciembre de 2003, asunto Yankov contra Bulgaria. Le afeitaron la cabeza a un detenido

¹³ Villegas Fernández J.M. “Estudios. Teoría penal del acoso moral: “mobbing”, “bullying”, “blockbusting”. Boletín núm. 1997. Pág. 5 y ss.

hundimiento moral, da igual cuál sea el contenido material de su actuar. Lo importante es la idoneidad de la conducta para generar sufrimiento. Esa idoneidad no viene dada de antemano, sino que se ponderará en cada caso concreto, según la posición de la víctima. Depende de las circunstancias. Ingerir ciertas clases de alimentos será una indecencia para los fieles de algunos credos religiosos, mientras que a los incrédulos los dejará indiferentes. Las relaciones que victimario y víctima hayan mantenido en el pasado dotarán de un especial contenido emocional a determinadas situaciones a un extraño le serán indiferentes. A quien sufra una fobia tal vez la mera vista de un inofensivo insecto lo sumerja en un infierno psicológico.

El hecho de que las reacciones y percepciones de la víctima deban quedar en un segundo plano no obsta a que para valorar una conducta de acoso moral se tomen en consideración, junto con las características objetivas de la conducta, otros aspectos que puedan concurrir en torno a la persona del presunto afectado. La necesidad de soslayar los aspectos subjetivos de la víctima para evitar los supuestos de hipersensibilidad o de mero capricho, no puede llevar a situar lo que se considera degradante a cotas extremas. La relevancia objetiva de los comportamientos denunciados a la vista de cualquier persona en no pocas ocasiones exigirá tener en cuenta ciertos antecedentes fácticos y circunstancias personales o profesionales entre las partes, la concreta posición de la víctima, y del sujeto activo, lo cual quiere decir que habrá que tener en cuenta datos subjetivos¹⁴.

En este sentido, del consentimiento de la víctima para excluir el acoso laboral, se encuentran las siguientes sentencias, que aunque del orden social, resulta ilustrativa, dictada por el TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 23/05/2002, manifiesta la actora que han quedado acreditados los incumplimientos empresariales que contempla la norma legal invocada, señalando que en cuanto al horario, el propio Magistrado a quo señalara que lo disfrutaba la actora como condición más beneficiosa, y que no existe justificación alguna para su cambio cuando se venía disfrutando por la recurrente "desde siempre"; respecto de la cartera de clientes alega que después de responsabilizarse durante 24 años de la línea más importante de clientes, la 21, compuesta de 98 clientes con un potencial de ventas que debía superar en 1.999 los quinientos millones de pesetas según objetivos fijados por la empresa, se la relega a ocuparse de una línea, la 23, de clientes residuales y de bajo consumo, cuya atención, por cuidadosa que fuere, jamás permitirá alcanzar los objetivos previstos. Alega asimismo la sucesión de acontecimientos recogidos en la narración fáctica a los que cataloga de acoso moral y psicológico, concluyendo que el perjuicio sufrido resulta innegable tanto económico como moral, así como el menoscabo de su dignidad.

¹⁴ Jurado Segovia Ángel. "Tipificación jurídica del acoso moral en el trabajo". Memoria de investigación. Departamento de Derecho Público. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca. 2006. Pág. 174.

Pero en la sentencia se recoge que frente a las modificaciones expresadas a la actora le cabía el derecho de impugnar las mismas vía jurisdiccional, lo que no realizó.

Igualmente, la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 03/12/2003, la parte actora alega que la situación de deterioro físico y psíquico que padece se debe a una actuación de acoso moral por parte de la empresa que es conocida con el anglicismo de "mobbing". Alega sin mencionar precepto legal vulnerado la existencia de trato discriminatorio injustificado y de una situación de acoso moral que ha determinado su situación actual en la que presenta unas limitaciones por las que le ha sido reconocida una incapacidad permanente absoluta. Argumenta en apoyo de su tesis de haber sido sometida a una situación de acoso moral la circunstancia de haber sido trasladada de localidad de prestación de servicios, el cambio de actividad, la ubicación del despacho en el que últimamente trabajaba de todo lo cual sería consecuencia las lesiones físicas y psíquicas que padece.

Sin embargo la sentencia establece que es cierto que la trabajadora ha prestado servicios primero en Cornellá después en El Prat y nuevamente en Cornellá pero no existe la menor evidencia de que estos cambios hayan sido realizados con el propósito de perturbarla, pues en todos los casos fueron consentidos sin protesta por la demandante.

No existe por lo que se viene razonando evidencia alguna de que haya existido en este caso actuación dolosa ni culposa de la demandada ni atentado a su honor, intimidad, dignidad, ni al principio de igualdad por haber recibido trato discriminatorio, ni puede establecerse una relación lógica entre los padecimientos físicos y psicológicos o morales que padece la trabajadora y la actuación empresarial en la que no se observa indicio alguno de acoso moral. Es por ello que no puede acordarse indemnización alguna pues no hay ilícito laboral del cual resulte un resultado dañoso indemnizable lo que ha de determinar la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

Sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 28/01/2004, la actora mantiene que ha sido objeto de acoso moral en el trabajo, la existencia de un trato discriminatorio, en cuanto al horario con relación a los restantes trabajadores del centro, lo que menoscaba la dignidad de la trabajadora afectada, así como un cambio arbitrario en las condiciones de trabajo que desempeñaba, una conducta abusiva por parte de la empresa a la que se somete a la trabajadora en el ámbito laboral, en cuanto que lesionan la dignidad o integridad psíquica del trabajador, degradando sus condiciones de trabajo y que es constitutivo de acoso moral o mobbing.

La sentencia recoge, que la actora, cuando se le notificó por escrito el horario, con hora fija de entrada y salida en lugar de flexible, no impugnó dicha medida a través del procedimiento correspondiente, no mostrando en ningún momento oposición a tal

medida, la cual, además no redunda en perjuicio de la formación profesional o menoscabo de la dignidad de la trabajadora.

19-FORMAS DE DENIGRACIÓN LABORAL

Impedir hablar al trabajador con sus compañeros, es una de las conductas más habituales de acoso laboral, pero esto ¿es siempre indicativo de acoso?. La sentencia del TSJ de Murcia, Sala de lo Social, de fecha 05/04/2004, fue dictada tras el recurso de suplicación interpuesto por el actor, en este alegaba, entre otros motivos, que había sido víctima de mobbing, y lo justificaba diciendo que el empresario había colocado en su puesto de trabajo, un cartel que decía “Prohibido hablar con el responsable del taller durante el tiempo de trabajo”.

Sin embargo, resulta que a consecuencia de requerimientos de la producción de la empresa, en una fecha indeterminada, el empresario le preguntó al actor, por lo que consideraba como retrasos en la producción, a lo que el actor objetó que no podía producir más porque era interrumpido muchas veces por otros compañeros. Quedando los dos en poner un cartel que confeccionó el empresario a ordenador, y que ponía "Prohibido hablar con el responsable del taller durante el tiempo de trabajo". El empresario entregó el cartel al trabajador, éste último lo pegó en una pieza de madera y lo colocó en la entrada del taller donde realizaba su función, permaneciendo allí durante cinco años.

La sentencia establece que no se evidencian actos, conductas, comportamientos o proceder de la patronal, sus gestores, mandos superiores o compañeros de trabajo, que sean causalizadores de acoso moral, mobbing, no es posible tipificar las relaciones empresa-trabajador como causalizadores y constitutivas del acoso moral postulado; si bien respetando la discrepancia del actor y recurrente, en uso de su legítimo derecho de defensa.

Dejar sin actividad laboral al trabajador, es también una de las conductas más habituales del acoso. ¿Siempre?, pues hay veces en que esto se realiza y no es acoso laboral. Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de fecha 11/07/2005, la empresa dejó de dar trabajo a la actora que permanecía toda su jornada laboral en la planta superior sin puesto de trabajo físico donde situarse, sin mesa, sin silla ni ordenador. Por este y otros motivos, la actora presenta demanda contra la empresa por discriminación por razón de sexo y mobbing.

La sentencia considera que no concurre mobbing, a pesar de que a la actora, no se le dio ocupación efectiva, siendo la causa de este proceder las diferencias surgidas entre la trabajadora y la empresa sobre el trabajo que aquella debía llevar a cabo, que la empleadora ordenó fuese el relacionado con la actividad administrativa generada por el taller de chapa y la Sra. Leticia quería que fuese el mismo que desempeñaba antes del 8-3-03 (chapa, más otro distinto). Esta decisión empresarial no puede considerarse lesiva de ningún derecho de la trabajadora, puesto que entra dentro del marco de las facultades organizativas con que cuenta la empresa (artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores), pues, como se ha dicho, no está acreditado implicase la realización de trabajo de categoría inferior; y, en todo caso, de ser ése el supuesto, daría lugar al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 39.2 del Estatuto de los Trabajadores, de mera legalidad ordinaria, no a otros de tutela de derechos fundamentales, pues el indicado cambio de funciones no encierra la asignación de unas diferentes condiciones laborales por el específico hecho de la condición de mujer de la recurrente.

El derecho de reserva de su puesto de trabajo en el primer año de excedencia por maternidad no es una medida contemplada en la legislación comunitaria y, dentro de la española, ya se ha dicho que sólo supone el derecho a reclamar tal puesto cuando la reincorporación laboral se produzca en los 12 meses siguientes a la terminación del período de descanso maternal, lo que no es el caso, puesto que la reincorporación de la recurrente se produjo precisamente al terminar dicho período.

Por lo tanto, no podemos ver aquí ninguna lesión de derecho fundamental, y, tampoco, lógicamente, acceder a la indemnización que se reclama en función de la existencia de la misma, puesto que, en la hipótesis de entender que la falta de respeto de ese derecho de reserva implica "per se" un acto discriminatorio contra la mujer, tal lesión sólo hubiera podido durar el mismo tiempo durante el cual existiera el derecho a la reserva de puesto, que, volvemos a decir, ya había terminado cuando la Sra. Leticia se reincorporó.

20-VALORACIÓN DE LA VÍCTIMA. CONSECUENCIAS PENALES Y PERSONALES. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Siguiendo esta línea, en la que estamos valorando el “consentimiento” de la víctima, podríamos preguntarnos si influye la fortaleza psicológica de la víctima, es decir, si para determinar la concurrencia de un supuesto caso de acoso laboral, la mayor o menor resistencia anímica del sujeto pasivo, da lugar a su apreciación o por contra a su inexistencia. Valorando esto, podríamos llegar al absurdo de considerar que sólo hay

acoso laboral, cuando la víctima resulta psicológicamente afectada, de tal modo que haríamos de peor condición a los sujetos pasivos más fuertes.

Esto fue resuelto por la Sentencia del TSJ Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 11/06/2003¹⁵, en la que se establecía que pueden darse ataques a la dignidad del trabajador, el mobbing lo es, pero pueden darse ataques a esa dignidad sin que haya mobbing. Calificación que ha de reservarse para los casos en que hay un acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y puesta en práctica con la intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral. No significa esto que la finalidad tenga que estar predeterminada, puede también establecerse y calificarse la situación cuando se enquina la relación en unos parámetros de ataque, reproches y humillación repetida, deliberados, que aparentemente para el trabajador no resultan explicables. Esta calificación ha de obtenerse de elementos que puedan objetivarse, no basta la alegación y la constatación de algunas conductas. Han de ubicarse en el contexto, en el tiempo y analizar la sistematicidad de las mismas, su repetición, y su contenido, el dato de "victimización" no puede tomarse de forma aislada para establecer la existencia de la conducta. Obligar al trabajador a colocar la mesa y la pantalla del ordenador de una determinada forma para ser vista por el jefe, y los comentarios de inadecuación de la vestimenta, unido al cambio de los contenidos laborales, no puede calificarse de mobbing, aunque indudablemente atacan a la dignidad de la persona del trabajador y suponen un menoscabo de la misma. Así que aunque la demandante efectivamente se encontrara muy afectada, los actos concretos de humillación, implican un ataque a la dignidad pero no justifican la consideración de acoso o mobbing.

No se desprende un acoso sistemático que ha de tener no solo la entidad -ello configura el ataque a la dignidad que implica el mobbing-, sino lo repetitivo. No es tan relevante el hecho de que haya informe psiquiátrico o psicológico, es un dato más, importante pero no determinante, ya que de contrario se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia, o afrontara de otro modo el mismo conflicto, de ahí que sea necesario deslindar la vivencia del trabajador, de las conductas y actos realizados por el empresario. La repetición, el contenido y la finalidad, nos han de dar los

¹⁵ Sentencia del TSJ Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 11/06/2003. La impugnante se remite al informe psicológico, verdaderamente extenso, pero del espacio de tiempo que se refleja en el informe como situación vivida por la trabajadora, no puede integrar la calificación como hemos ya dicho. El informe no permite deducir una elaboración diagnóstica objetivable, pues esencialmente recoge las manifestaciones de la trabajadora, y sin dudar de su crítica situación, su estado depresivo y que desde luego haya vivido la situación con el malestar que manifiesta ese informe, y recoge la sentencia, no integra por sí la calificación que ésta hace. Dicho de otra manera el hecho de que haya una sintomatología depresiva, incluida una baja y un estrés son factores que pueden ser relevantes pero no determina la calificación, pues puede darse acoso sin ellos y puede no darse mediando un perjuicio para la salud.

parámetros en cada concreto. En definitiva el elemento se sistematiza, la repetición, así como la finalidad perseguida son elementos importantes.

Sin embargo, actualmente, hay un detalle que no podemos pasar por alto, el propio art. 173.1 C.P., segundo párrafo, “Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

Como ya expuse anteriormente, al requerir que el sujeto activo se prevalega de una situación de superioridad, determina la irrelevancia del consentimiento que pudiera prestar la víctima.

Bien, estamos viendo algunas sentencias del orden social, pero en este ámbito ¿qué relación hay entre el orden social y el penal?, si previamente se han juzgado unos hechos en el orden social ¿pueden volver a juzgarse en el penal por acoso laboral?.

Esta cuestión la resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de fecha 11/10/2012¹⁶. A la víctima, le fue situado su puesto de trabajo en una

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de fecha 11/10/2012. Efectivamente, los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de acoso moral en el trabajo fenómeno conocido en la terminología anglosajona como mobbing encuadrable en el apartado 1 del art.173 del Código penal en el que se castiga " a quien infligiera a otra persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral" en concurso ideal del art.77 con un delito de lesiones del art.147,1 del Código penal. El acoso moral o trato degradante exige para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial infligir a una persona un trato degradante y un resultado, menoscabando su integridad moral. El núcleo típico está constituido por la expresión trato degradante, exigente de una cierta permanencia o al menos repetición de comportamiento degradante. Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS 29- 9- 98 (9562/1998) "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral". Pues bien en el presente caso se han probado todos los elementos del delito. De entrada ha habido claros e inequívocos actos de contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito Sr. Jesús Miguel , que consistieron en un cúmulo de actuaciones que implicaron humillaciones y vejaciones que menoscabaron su dignidad como trabajador, llegando a vaciar de contenido su puesto de trabajo y produciéndole un grave menoscabo personal. La existencia de dicho comportamiento sistemática y permanentemente degradante hacia el trabajador por parte del hoy recurrente desde el mismo momento en que el sr. Jesus Miguel llegó a Cantabria en Marzo de 2002 como encargado de líneas electrificadas, es incuestionable a la vista de la contundente prueba documental que obra en los autos. Efectivamente el Sr. Rodolfo quien a la sazón ocupaba la Jefatura de Infraestructura de Cantabria que pasó a denominarse el 21 de junio de 2002, Gerencia de infraestructura y que por tanto se encontraba en una situación de superioridad jerárquica respecto de él, ejerció una clara jefatura directa sobre el trabajador impartándole instrucciones relativas al trabajo, reorganizando el servicio e impulsándole a realizar labores de categoría inferior a las que le correspondían y ante sus reticencias le sometió a un hostigamiento permanente, privándole de personal y medios a su cargo, imponiéndole condiciones degradantes y destinándole a una oficina laboral aislada del entorno laboral y no apto para el desempeño de un trabajo. Especialmente relevante en este sentido es el Informe de la Inspección de Trabajo de fecha 13.12.06 y la multiplicidad de sentencias dictadas por la Jurisdicción social de las que necesariamente se

dependencia no habilitada para servir de oficina y calificada en las normas de valoración del riesgo como "almacén". Dicha dependencia, tal y como así pudo constarse por la Inspección de trabajo que realizó su actividad inspectora a requerimiento del Sr. Jesús Miguel, se ubicaba en un pequeño local dentro de un taller y almacén aislado del resto del personal, no encontrándose en dicho taller y almacén ningún trabajador de forma permanente a excepción de la persona acosada. Dicha dependencia que carecía de las mínimas condiciones a dicho fin, estaba en un estado de evidente abandono, careciendo de ordenador, y disponiendo como único medio de comunicación con el exterior de un teléfono portátil corporativo con llamadas restringidas, careciendo asimismo de calefacción. El acusado, desde la llegada de la víctima a Cantabria el 1 de marzo de 2002 para desempeñar sus funciones como encargado de línea eléctrica, ha mantenido una actitud continua y sistemática de hostigamiento hacia el mismo en el trabajo, vaciando de contenido la función que como encargado de línea eléctrica estaba llamado a desempeñar en Cantabria, privándole de personal a su cargo y con ello de mando efectivo, ubicándole en una dependencia alejada del resto del personal de su rango, aislada y carente de las mínimas condiciones para servir de oficina, manteniéndole deliberadamente al margen de cualquier acontecimiento que debiera conocer por razón de su cargo, perturbando y menoscabando de este modo la consideración debida a dicho trabajador y a su dignidad como persona, y propiciando y consintiendo el acoso y presión laboral permanentes hacia el mismo, creando en dicho trabajador sentimientos de angustia y de ansiedad, de suerte que a consecuencia de dicho hostigamiento, el Sr. Jesús Miguel fue declarado en situación de Incapacidad Temporal derivada de accidente de trabajo desde el día 12 de enero de 2006 con diagnóstico de depresión reactiva a su entorno laboral, la cual fue calificada de accidente laboral.

La víctima, en numerosas ocasiones se dirigió por escrito, tanto al acusado como a la dirección de la entidad FEVE para la que prestaba sus servicios laborales, haciéndoles ver la situación antes expuestas, habiéndose planteado al menos 7 demandas ante la jurisdicción social denunciando la vulneración de sus derechos laborales, todas ellas estimadas por dicha jurisdicción.

La sentencia establece que no cabe apreciar la identidad de la cosa juzgada entre las resoluciones dictadas en las dos Jurisdicciones, que exigiría como es perfectamente sabido y es ocioso reiterar con mayor detenimiento, siguiendo la doctrina del Tribunal

infiere cual fue el trato recibido por el trabajador por parte del recurrente. No menos esclarecedoras de cuál era el comportamiento que hacia él desplegaba el Sr. Rodolfo resultan las cartas por este señor remitidas obrantes a los folios 105 y siguientes. de la causa y el contenido de las obrantes a los folios 434 y siguientes de la causa. De los mismos medios de prueba ya reseñados se aprecia igualmente la intensidad de este comportamiento humillante que se mantuvo de forma continuada durante un periodo temporal prolongado. Tildar a esta actitud de denigración como de desavenencia laboral, no encuentra otro sentido que el propio del ejercicio del derecho de defensa, dado que lo que hubo fue una situación de acoso laboral en toda regla que constituyó un ataque frontal a la dignidad personal del trabajador.

Supremo, una concurrencia de identidad de los elementos descritos en el artículo 1.252 del C. Civil (cosas, causas, personas de los litigantes y calidad con que lo fueron) que obviamente no se da entre el presente procedimiento y los seguidos ante la Jurisdicción Social. Y ello, aunque los hechos objeto de ambos estén íntimamente relacionados hasta el punto de tratarse de las mismas conductas pero, como es evidente, con valoraciones y consecuencias jurídicas diferente, unos de orden estrictamente laboral y otras de ámbito penal, lo cual determina la falta de identidad de causa de pedir en ambas jurisdicciones excluyente de la cosa juzgada. A idéntica conclusión ha de llegarse en lo que atañe a la sanción impuesta administrativamente, pese a su evidente vinculación fáctica, si siquiera la persona sancionada es la misma que la que aquí se condena. Efectivamente la sanción se impone a la Empresa FEVE por incumplimiento de lo dispuesto en el Estatuto de los derechos de los Trabajadores derivados de la relación de trabajo; y en el presente juicio quien resulta condenado es una persona física, el sujeto activo del acoso laboral.

En realidad, siendo los mismos hechos, ¿Qué es lo que marca la diferencia entre la infracción laboral o penal?. No hay que olvidar que el derecho penal se basa en los principios de intervención mínima y ultima ratio, de tal modo que será la gravedad de las conductas determinantes del acoso, las marcarán la calificación del ilícito penal o laboral. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 09/01/2004¹⁷, la víctima especifica ciertos hechos relativos a esta cuestión (por ejemplo, actitud no colaboradora; órdenes de tratamiento a pacientes que la denunciante considera que, dada su cualificación, no debe efectuar; injerencia en el trabajo; desacreditación); pero hemos de tener en cuenta, aparte de los problemas formales mencionados, que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, no es propio del ámbito penal en que nos encontramos, sino de otros distintos, resolver lo que la propia denunciante llama en algunos de sus escritos "acoso profesional" o "moobing", tal como intentó a través de las denuncias relatadas en el apartado de hechos probados de esta sentencia.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 09/01/2004. Por similares argumentos, la misma conclusión hemos de sostener en cuanto a la expresión "acoso moral" contenida en los hechos declarados probados y en los fundamentos de Derecho de la sentencia de primer grado, los cuales también hablan, con igual concreción predeterminante del fallo, de "acontecimientos de índole vejatorio o menospreciativo". Además, en el caso del acoso moral, la precisión de los hechos que podían haber calificado esa situación era aún más importante a todos los efectos penales (como la prescripción) que en el tema de los insultos, pues el hipotético trato vejatorio se prolongó varios años. Es cierto que, en las diversas denuncias dirigidas a responsables administrativos de sanidad... Partiendo de todo ello y de la absolución ya firme por la falta de maltrato de obra, debemos estimar el recurso y absolver al denunciado de la falta de injurias objeto de imputación. Esto conlleva, obviamente, que no proceda hacer ningún tipo de declaración en materia de responsabilidad civil, lo que hace innecesario entrar a conocer sobre la relación, desde el punto de la vista de la imputación objetiva, entre los hechos denunciados y la situación de baja laboral.

21-SUBSUNCIÓN DE LAS CONDUCTAS DE MOBBING EN EL ART. 173 C.P.

Para Gimeno Lahoz R.¹⁸, la subsunción de conductas de mobbing en el Art. 173 C.P., debe tener en cuenta las siguientes condiciones:

¹⁸ Gimeno Lahoz Ramón. “La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez)”. Editorial Lex Nova. 2005. Págs. 381 y ss. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un "plus" de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos transcendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 y 28 de enero de 1979), conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación. La tortura supone por el contrario una conducta más intensa, que en la legislación española por lo común supone la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castigue, como excepción más atenuada, el interrogatorio con intimidación o violencia física. El delito del artículo 173 es el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, que tiene como base la integridad moral de las personas; tomando como referencia la STC 120/90 de 27 de junio, dicha integridad moral abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Pero junto a este precepto se encuentran dos artículos de una importancia capital para un mobbing de especial peso estadístico: el que se produce dentro de la Administración. El art.175 establece "La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior,

1-No toda presión laboral tendenciosa es susceptible de ser sancionada penalmente. Únicamente el mobbing devastador, caracterizado por el daño.

2-La diferencia entre el mobbing laboral-administrativo-civil y el mobbing devastador penal, se encuentra en que el primero gravita sobre el núcleo de la denigración, mientras el segundo lo hace sobre el trato degradante, lo que supone un escalón mayor de antijuridicidad, al haberse causado ya el daño moral.

3-Por lo tanto, una sentencia condenatoria en los órdenes jurisdiccionales laboral, administrativo, o civil, no supone una condena en el orden penal, y una absolucón penal, no determina una absolucón laboral, administrativa o civil.

4-Los actos de violencia psíquica sutiles, que individualmente considerados daría lugar a una falta de vejación injusta del artículo 620 C.P. por la levedad del daño, una vez acreditado que se producen de forma reiterada, como expresión de un clima de violencia psíquica habitual, con el resultado de un daño grave, habrán de ser encajados en el delito del artículo 173 C.P. y no sólo en el delito de lesiones.

22-RESULTADO CONCRETO DEL DELITO

Tratándose de un delito de resultado, no basta que se haya llevado a cabo la conducta descrita en el tipo, sino que es necesario que se produzca un resultado

atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años. ". Y por su parte el art.176 completa el campo protector al contemplar las mismas penas, a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos. Finalmente, completando el estudio de los preceptos aplicables al mobbing devastador como delito de trato degradante, y excluyendo las normas concursales para este delito, se encuentra el art. 177, que establece: "Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley. " El precepto tiene una importancia mayor de la que se le suele dar, pues excluye la doctrina de la absorción por el resultado, y obliga a penar tanto por el Título VII, como por el resultado en su caso (daño a la integridad física, a la salud...). El precepto excluye la aplicación de las normas concursales contenidas en los art.73 y ss. del CP, como regla general, sancionando sumatoriamente, lo que re fuerza el interés del legislador en castigar específicamente este tipo de comportamientos que de lo contrario serían absorbidos por el correspondiente delito final de mayor gravedad. La excepción se encuentra lógicamente, en que el tipo penal ya hubiese tenido en cuenta esa agresión a la integridad moral (ej. lesión con agravante de ensañamiento, agresión sexual que revista la cualificación de ser particularmente degradante o vejatoria).

concreto, la lesión a la integridad moral de la víctima. El acoso laboral es una conducta lesiva a la integridad del trabajador, necesita un resultado consistente en la causación de sentimientos de humillación, y como ya hemos visto anteriormente, desde un punto de vista objetivo, ya que en caso contrario se dependería de la mayor o menor sensibilidad del sujeto pasivo. Ahora bien, tal y como se ha expuesto anteriormente, eso no significa que no se tengan en cuenta las condiciones subjetivas de la víctima, ya que también, hay que valorarlas, pero sin que se llegue a hacer depender la existencia del delito de su sola apreciación.

El resultado, al igual que los actos hostiles o humillantes, de acoso, deben ser abarcados por el dolo de primer grado. En este sentido, como sostiene Mir Puig C.¹⁹, el acoso psicológico en el trabajo debe configurarse como un delito de resultado, al igual que el delito de tratos degradantes, como establece la jurisprudencia del T.S., citando la Sentencia del TS, Sala Segunda, de fecha 02/11/2013 (Resolución 1218/2004)²⁰.

¹⁹ Mir Puig Carlos. "El acoso moral en el trabajo (mobbing) y en el escuela (bullying) y el Derecho Penal". Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Estudios de Derecho Judicial. 2007. Pág. 187. Puede, pues, definirse el acoso moral o psicológico en el trabajo como aquella conducta intencional de hostigamiento grave, sistemático y reiterado en el tiempo por parte del sujeto activo, compañero, jefe, empresario o subordinado, en el marco de una relación de trabajo o de servicio, al sujeto pasivo que le genera naturalmente sentimientos de humillación, afectándole su integridad moral.

²⁰ Sentencia del TS, Sala Segunda, de fecha 02/11/2013 (Resolución 1218/2004). Hechos Probados. Que, sobre la una de la madrugada del día 21 de febrero de 1999, Rodolfo, de veintiún años de edad, conducía el ciclomotor con número de identificación NUM000 por la carretera Peinador-Guizán, correspondiente al término municipal de Mos y partido judicial de O Porriño, llevando de "paquete" en el asiento posterior del móvil, a su compañero Aurelio, de quince años de edad. A instancia de Aurelio, Rodolfo intentó poner el ciclomotor sobre una sola rueda (lo que vulgarmente se conoce como "hacer el caballito"), lo que no consiguió realizar a la perfección, siendo dicha acción observada por una patrulla de la Guardia Civil, de servicio en la zona a bordo de un vehículo oficial, compuesta por dos agentes del Cuerpo uniformados, los acusados Sergio y Alejandro, de entonces 29 y 44 años de edad, respectivamente, quienes decidieron seguir al ciclomotor, haciéndolo así durante un buen trecho, del orden de unos dos kilómetros, en un principio sin advertir su condición de agentes de la autoridad identificándose finalmente a través de la luz rotatoria azul y sirena como un vehículo de la Guardia Civil. Al percatarse entonces Rodolfo, conductor del ciclomotor, de que el vehículo que les seguía era de la Guardia Civil, con la finalidad de eludir una posible sanción por conducir de forma antirreglamentaria, en lugar de parar trató de despegarse del turismo policial, continuando su marcha, tomando un desvío contiguo a una casa y metiéndose con el ciclomotor por una finca privada intransitable, en donde sus dos ocupantes se apearon del mismo, intentando aparentar que se habían caído y quedarían lesionados. Estacionado el vehículo policial a la altura del desvío por el que se había introducido el ciclomotor, con las luces largas encendidas enfocando hacia el fondo de la finca, bajaron del mismo los dos guardias civiles acusados en búsqueda de los chicos usuarios del ciclomotor, provistos ambos de su respectiva linterna y, cuando menos, uno de ellos portando su arma reglamentaria que desenfundó nada más salir del coche. Próximos al final de la finca, se oyó decir a los acusados entre sí: "Ahí están esos hijos de puta". Localizados los dos jóvenes, uno de los guardias civiles acusados puso el pie encima del cuello de Rodolfo y le encañonó con la pistola en la cabeza, mientras el otro acusado propinó una fuerte patada en la zona del estómago a Aurelio, agarrando luego bruscamente los acusados a los chicos al objeto de llevarlos junto al vehículo policial, empujándoles de forma violenta durante el trayecto, siendo asimismo

Esta sentencia establece que la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. Pone de manifiesto que tanto la Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que el art. 177 del CP establece una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos. En consecuencia es posible a imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos. La integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad. El art. 175 CP se trata de un delito residual que no requiere ánimo tendencial y que anteriormente mantenía una autonomía propia en el art. 204 bis, previsto para aquellos supuestos de intimidación y violencia torturante. Su íntima razón de ser responde a la necesidad de rellenar una secular imprevisión normativa generadora de un vacío de protección frente a agresiones o actuaciones arbitrarias de funcionarios o autoridades no acompañadas de lesión para las que, en ocasiones como la presente dada la especificidad del ataque a la prohibición moral de la víctima, circunstancias periféricas de la acción y la cualificación profesional de los sujetos activo y pasivo, la calificación como falta resultaría insuficiente. Cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquellos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas las

conducido Rodolfo encañonado por una pistola que portaba uno de los agentes. Al llegar a la carretera, los dos acusados empujaron de la mala manera a los chicos contra el vehículo oficial, dándoles patadas para que abriesen las piernas, procediendo a continuación a su cacheo. Seguidamente, uno de los guardias civiles ordenó a Rodolfo que fuese a buscar el ciclomotor y que no hiciese ningún movimiento extraño o le descargaba la pistola, al tiempo que le apuntaba con ése y le obligaba a llevar las manos en alto. El chico lloraba y pedía por favor que no le disparasen. Tras regresar con el ciclomotor junto al vehículo policial, Rodolfo exhibió la documentación del ciclomotor y su documentación personal. Como Aurelio no llevaba consigo el DNI, les ordenaron dirigirse a la casa de éste último, siguiéndoles los acusados en el coche oficial. Una vez en el domicilio, Aurelio les mostró su DNI. A Rodolfo los acusados le extendieron una multa por conducir de modo temerario.

circunstancias. Así la Sentencia del TS de fecha 16/04/2003, establece que el Art. 175 CP, se encuentra bajo la rúbrica de los delitos contra la integridad moral y supone un tipo residual respecto al delito de torturas, definido en el art. 174, en cuanto que bajo su dicción legal, se cometerá cuando la autoridad o el funcionario público, abusase de su cargo y no se hallare comprendido en el art. anterior (torturas), atentare contra la integridad moral de una persona, teniendo los siguientes requisitos:

a) En cuanto al sujeto activo, tiene que tratarse de un funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la Ley prevé la sanción por la vía del art. 173, si bien este último precepto refuerza la acción infringiéndose en trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito aunque puede considerarse implícito.

b) En cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de mezquindad en su comportamiento.

c) El resultado, consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el art. 15 de nuestra Carta Magna que proscribire con carácter general los tratos degradantes y se conecta directamente con la seguridad de la persona cuyo art. 10 atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social.

d) Por último, los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que confiere un carácter residual.

23-CONCURSO DE DELITOS

En el caso de producirse, además del atentado a la integridad moral, una lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigaran los hechos separadamente, con la pena que les corresponda, por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquel ya se halle especialmente castigado por la Ley, Art. 177 C.P. Nos encontraríamos ante un concurso de delitos. Los posibles comportamientos de acoso, pueden ser de cualquier clase, pero lo que hacen es dar lugar a un ambiente, a un contexto, a una situación laboral, de degradación, de humillación, de “cosificación”, de la víctima, vulnerando de este modo, la integridad moral del sujeto pasivo.

También hay que tener en cuenta es que al tratarse de un delito de resultado, cabría la posibilidad de comisión por omisión, por quien tiene la obligación de

salvaguarda del bien jurídico, el empleador o empresario. (En el apartado de autores del delito, se estudiará la posibilidad de comisión por omisión).

En este sentido, a pesar de ser del ámbito social, la sentencia n.º 623, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17/05/2004²¹, establece que tratándose de acoso moral, quien invoque padecer acoso moral, no basta con que acredite posibles actuaciones empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es necesario que demuestre:

- Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso, o, en su caso, como sujeto tolerante del mismo, era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido.

- Que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología.

²¹ Sentencia n.º 623, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17/05/2004. A estos efectos no debemos de olvidar que para que una enfermedad, en principio de etiología común, sea calificada como accidente de trabajo, es preciso que, o bien se manifieste en el lugar y tiempo de trabajo (art. 115.3 de la LGSS) o bien se acredite por el trabajador que la causa exclusiva de la misma ha sido la ejecución de la prestación laboral (art. 115.2) c) de la LGSS). En el primer supuesto, el trabajador goza de una presunción a su favor sobre la laboralidad de la enfermedad o lesión, y por el contrario, no goza de tal presunción en el supuesto establecido en el art. 115.2.c citado, pues en estos casos deberá ser el trabajador, quien debe probar la laboralidad de la enfermedad en los términos restrictivos a que el precepto se refiere... Como razona el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida, debe descartarse la existencia de acoso moral o mobbing como desencadenante del síndrome depresivo sufrido por el demandante, aunque el diagnóstico reflejado en los informes médicos, todos ellos coincidentes en lo esencial, sea "trastorno depresivo ansioso-reactivo a conflictividad laboral y familiar" ya que los informes se limitan a emitir conclusiones derivadas de las manifestaciones vertidas por el propio demandante, sin concretar hechos o conductas abusivas del empresario o compañeros de trabajo en que fundamentar sus conclusiones. El Tribunal Constitucional, refiriéndose al "acoso sexual" en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (40149/99) señala: "ha de manifestarse en una conducta, un comportamiento físico, o verbal manifestado, actos, gestos, palabras, comportamientos, que se perciban como indeseados o indeseables para la víctima, que sea grave, capaz de marcar un clima radical, odioso, ingrato... ese carácter hostil no puede depender de la sensibilidad de la víctima", "debe en consecuencia, ser ponderado objetivamente atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, como puede ser la intensidad de la conducta, la susceptibilidad de la víctima, el entorno laboral en que se desarrolla la actividad y su desempeño por la víctima en relación con el resto de los compañeros de trabajo, puesto que en caso contrario nos encontraríamos que ante un término que normalmente ha sido bien recibido como "mobbing" se utilizaría de manera indiscriminada ante cualquier tipo de insatisfacción en el trabajo cuando incluso puede derivar de un comportamiento ajeno al propio empresario y porvenir del perfil psicológico del propio trabajador. Es necesario en definitiva, que la conducta sea grave esencialmente de tal manera que se origina un entorno negativo no sólo desde la percepción subjetiva de quien la padece, sino objetivamente considerada (S. TSJ Galicia 31-10-2002 (EDJ 2002/61138). Sentado cuanto antecede, no puede aceptarse que la empresa demandada haya hostigado al demandante, debe descartarse que la baja traiga causa en un supuesto hostigamiento laboral, máximo teniendo en cuenta los numerosos pronunciamientos judiciales previos en los que se descarta la situación de acoso.

El Tribunal Constitucional, refiriéndose al "acoso sexual" en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (40149/99) señala: "ha de manifestarse en una conducta, un comportamiento físico, o verbal manifestado, actos, gestos, palabras, comportamientos, que se perciban como indeseados o indeseables para la víctima, que sea grave, capaz de marcar un clima radical, odioso, ingrato... ese carácter hostil no puede depender de la sensibilidad de la víctima.

24-APORTACIONES DOCTRINALES AL DELITO DE ACOSO LABORAL.

El delito de acoso laboral, la situación de acoso, que realiza el sujeto activo, está abarcada por el dolo, y por tanto se trata de un delito de resultado. Para Molina Navarrete C.²², requiere la concurrencia de dos elementos (antes de la introducción del párrafo II, por LO 5/2010, de 22 de junio):

- Elemento medial: "infligir a una persona un trato degradante", (tras la LO 5/2010, de 22 de junio, sería "realizar contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, no lleguen a constituir trato degradante").

- Elemento de resultado: "menoscabando gravemente su integridad moral", (tras la LO 5/2010, de 22 de junio, sería que "supongan grave acoso contra la víctima").

Se está excluyendo la aplicación del tipo penal en relación a aquellos actos que constituirían un trato degradante, siendo necesario distinguir entre acoso laboral y trato degradante, como dos conceptos distintos.

Ahora bien, se requiere reiteración de la conducta acosadora, un solo acto, nunca sería constitutivo del tipo de acoso laboral, por mucha gravedad que tuviera. Excluyéndose incluso un solo acto aunque de lugar a una pluralidad de efectos mantenidos en el tiempo. Quedando el número de actos requeridos, a criterio judicial.

Actos hostiles o humillantes, no define de que se trata, pero eso si, es necesario que por parte del sujeto activo se realicen actos, es decir que se manifiesten exteriormente, que socialmente valorados, sean considerados así, a lo que deberá atender el Tribunal.

La gravedad, en virtud del principio de intervención mínima, es lo que va determinar la aplicación del Código Penal. Es un concepto jurídico indeterminado,

²² Molina Navarrete Cristóbal. "La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses". Editorial Bomarzo S.L. 2007. Págs. 82-84.

quedando igualmente a criterio judicial su apreciación, para lo que se deberá atender a la valoración social de la misma, y a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, como ya hemos visto.

En cuanto al acoso, el diccionario de la RAE, los define como acción y efecto de acosar, y a esta, como: 1- perseguir, si darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. 2- Perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos. Lo que pone en evidencia que esa reiteración de actos, deben tener una cierta trascendencia desde el punto de vista social, suponiendo un perjuicio para la víctima.

De la Cuesta Aguado P. M.²³, considera que el término “acoso”, lleva implícito el concepto de intimidación, pero hay importantes diferencias con la intimidación del tipo penal de coacciones, tales como:

- La coacción requiere un acto intimidatorio, en cambio el acoso, lo forman actos, que individualmente considerados, podrían no ser intimidatorios. De tal modo que el conjunto de todos estos actos, junto con las circunstancias concurrente, es lo que constituiría acoso.

- El acto coactivo, es en sí mismo punible, mientras que los actos de acoso, individualmente considerados, podrían ser atípicos.

- Para que la coacción sea punible, es necesario que la libertad del sujeto pasivo (titular del bien jurídico “libertad”), se haya visto compelida, lo que no será necesario en el acoso.

De la Cuesta Aguado, considera que estamos en presencia de un delito de resultado, el desvalor que merece el resultado producido, más que el desvalor de la diversas acciones, individualmente consideradas, es lo que puede justificar la intervención penal. El resultado típico consistirá en la creación de una situación de degradación del ambiente laboral y/o las condiciones de trabajo del sujeto pasivo, que debe de ser de la suficiente entidad para que intervenga el derecho penal. Para la consumación del delito, se debe probar la realización de una pluralidad de acciones u omisiones, en un periodo de tiempo, en un ámbito laboral, en unas determinadas circunstancias, que darán significado al hostigamiento. La utilización de violencia, fraude o la producción de otros resultados lesivos para otros bienes jurídicos, se resolverá por vía del concurso de delitos. La percepción subjetiva por parte del sujeto pasivo, debe ser considerada en un “sentido objetivo”, no como vivencia de la víctima trasladable al tipo como requisito de consumación, ya que en caso contrario, sería atípicas conductas de acoso laboral, que han sido soportadas por el sujeto pasivo, debido

²³ De la Cuesta Aguado P. M. “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”. Violencia y género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales”. Mergablum S.L. 2004. Págs. 132-141

a su especial fortaleza. Al ser un delito de resultado, esto también tiene la consecuencia, de que cabe la comisión por omisión.

Para Pérez del Río T.²⁴, en la comprensión del acoso, como violación del derecho a la dignidad, caben las siguientes posturas:

- Estándar subjetivo: la determinación de lo que resulta ofensivo debe realizarlo la propia víctima. Toda persona, por el hecho de serlo, tiene derecho a la dignidad, y como consecuencia de esto, a decidir que le resulta ofensivo. Es el sujeto pasivo, teniendo en cuenta sus propias condiciones personales, físicas, psicológicas, e incluso moralidad y pensamiento, la que determina lo que le ofende.

- Estándar objetivo: serían ofensivas, aquellas acciones, que socialmente, tengan la consideración de atentatorias a la dignidad de la persona, para una persona “normal”.

- Estándar ecléctico: constituiría acoso toda acción de cuya ofensividad es consciente el acosador que sabe, porque la víctima estaba en posición de poder manifestar expresa o implícitamente, que le resulta ofensiva, y a pesar de esto ha realizado la acción, y además toda acción, respecto de la que el acosador debiera saber, que resulta ofensiva dada su gravedad y las circunstancias concurrentes, aunque la víctima no dijese nada.

En virtud de que se siga un criterio u otro, quedaran impunes, más o menos conductas, y se le daría, en su caso, una mayor o menor importancia, a la voluntad del sujeto pasivo.

Finalmente, debe existir una relación de causalidad entre la reiteración de actos hostiles o humillantes, que no supongan trato degradante, y la situación de acoso.

Para Molina Navarrete C., no se trata de un delito de mera actividad, sino que es necesario que se produzca un resultado, se requiere un plus de perversidad de la acción del sujeto activo, y la producción de un resultado, padecimiento físico o psíquico. Precisamente en el resultado, se diferenciaría el ataque a la integridad moral respecto a la libertad, el derecho a del sujeto pasivo a no sufrir sentimientos de dolor o sufrimiento, físico, psíquico o moral, por acciones de terceros. Saca la consecuencia de que la conducta del sujeto activo, no puede estar determinada por la opinión de la mayoría social, sino por la experiencia subjetiva de cada persona, sin perjuicio de lo que llama un mínimo de objetividad. Pudiendo cometerse el tipo delictivo por acción y por

²⁴ Pérez del Río Teresa. “La violencia de género en el trabajo: acoso sexual y acoso moral por razón de género”. “Violencia y género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales”. Mergablum S.L. 2004. Págs. 62-64

omisión, admitiéndose las formas imperfectas, cuando no se haya consumado el resultado de modo pleno.

25-JURISPRUDENCIA DE DIVERSOS TRIBUNALES

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

i- SENTENCIA DEL TC 37/1989, DE 15 DE FEBRERO.

Es, a estos efectos, de relevante consideración, la circunstancia de que existe ya un acto del poder público (providencia de 21 de noviembre de 1986) que afectó de modo directo a lo que la actora estima fue el ámbito de su intimidad personal, por más que tal acto no haya alcanzado aún, a la vista de las actuaciones que ante nosotros obran, efectividad plena. Si consta en dichas actuaciones (y ello se ha de valorar, junto a lo anterior, en toda su trascendencia) que aquella resolución dio lugar a la adopción por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera de la providencia de 10 de febrero de 1987 en la que, ante la incomparecencia de la actora para ser sometida a examen médico, se reiteró lo interesado, a este propósito, por el órgano judicial exhortante, afirmándose así, de manera inequívoca, el carácter imperativo de la resolución que dispuso tal reconocimiento, mandato cuyo acatamiento, por lo tanto, pesaba sobre doña X. Y. Z. al tiempo de interponer este recurso de amparo. Se pide en él, en definitiva, que declaremos si respetó o no la intimidad personal de la recurrente, la orden judicial que la conminó a someterse, en el curso de la investigación sumarial, a un examen ginecológico, y este Tribunal, que ha de reconocer siempre la máxima efectividad posible a la petición de amparo, no puede ahora rehusar tal enjuicimiento, pues basta, para emprenderlo, con contrastar la existencia de un acto público conminatorio, aunque no ejecutado, frente al que se reclama la preservación de un derecho fundamental. La pretensión de amparo no es así, en cuanto a este extremo, meramente cautelar, pues no es discutible que la seguridad en el disfrute y libre ejercicio de los derechos fundamentales (art. 9.3 de la Constitución) justifica y presta sentido a la queja constitucional que se formule para defender alguno de tales derechos y libertades frente a decisiones del poder que directamente les afectaron y que están sólo a la espera de su ejecución.

La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así

protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

Esta afirmación de principio requiere, claro está, algunas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. La segunda es la de que, aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que, como observa el Ministerio Fiscal, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Cabe declarar que en el supuesto que ahora nos ocupa, estas previsiones fueron aquí adoptadas, pues no cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina, con independencia de que, en este caso, tal examen no se llegó a realizar. Lo que si es manifiesto es que la intimidad quedó afectada o comprometida en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen.

Para apreciar si una actuación judicial, como la que examinamos, respetó o no la intimidad de la persona no es suficiente, sin embargo, con advertir que en dicha actuación se hicieron valer ante el sujeto afectado los intereses (públicos también, por definición), a los que ha de servir toda decisión de la autoridad, pues la protección que la Constitución dispensa se delimita aquí, una vez reconocido su objeto, atendiendo a las exigencias públicas en presencia, y bien se comprende que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia. Por ello, lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite. sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en

curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone. Es evidente, por todo ello, que la consideración de si se violó o no el derecho fundamental no se puede basar, en casos como el presente, en la mera constatación de lo prescrito por el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, pues tal precepto, citado en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal, dispone sólo, en lo que ahora importa, que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley», y es precisamente esto último (si la actuación controvenida se atuvo o no a la legalidad, incluida, claro está, la de rango constitucional) lo que se ha de examinar en el actual recurso.

El derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio -según antes dijimos- del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor, y que el Ministerio Fiscal recuerda, para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la L.E.Crim.), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que si pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado. Y no cabe ignorar a este propósito, que la providencia de 21 de noviembre de 1986 se orientó, en el extremo que ahora importa, a la determinación de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y respecto del cual la demandante de amparo aparecía ya, según antes observamos, con la efectiva condición de imputada, siendo de relevante consideración, a estos efectos, que la sospecha judicial sobre la realización del hecho no carecía, vistas las actuaciones, de fundamento racional, como tampoco cabe desconocer que obraban ya en poder del Instructor datos relativos a doña X. Y. Z. que hacían posible su consideración, entonces, como imputada.

Lo anterior, sin embargo, no basta para afirmar la conformidad de la decisión enjuiciada a la garantía constitucional de la intimidad personal. No es suficiente, a tal efecto, con reconocer que dicho acto afectó a persona que resultaba ya,

cuando menos, imputada, pues es también preciso, junto a ello, que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi. La primera de estas magnitudes no puede ser calculada sino por referencia, no sólo al criterio socialmente dominante, sino también como es claro, a la conducta que, en virtud de indicios serios se atribuye al mismo sujeto pasivo de la actuación prevista, en tanto que el segundo término de la ponderación, a su vez, no puede ignorar la palpable diferencia que existe entre una actuación dirigida, por ejemplo, a identificar al presunto culpable de un delito cuya existencia es cierta y otra que persiga simplemente obtener una prueba adicional que se sume a las que, de carácter indiciario, ya se cree poseer sobre la comisión real de un delito cuya existencia se sospecha.

Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 26/1981, fundamento jurídico 5.º), es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, fundamento jurídico 2.º), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, fundamento jurídico 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.

De lo anterior se sigue, como es notorio, la incompatibilidad en cuanto a su forma, tanto de la resolución impugnada, como de la que en su cumplimiento se dictó, con el derecho fundamental de la actora a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado, preservando así a la demandante frente a cualquier ejecución de la medida aquí examinada, ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución.

ii- SENTENCIA DEL TC 160/2007, DE 2 DE JULIO

El art. 15 CE ampara de forma autónoma el derecho fundamental a “la integridad física y moral”, y que, en relación con tal derecho, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5); que estos derechos, destinados a proteger la “incolumidad corporal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5); y que además de ello, en efecto, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Esta última concreción de la tutela propia de la integridad personal, en consecuencia, no implica situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud; supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta.

Precisamente por esa razón añadíamos aún que “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)”.

Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [arts. 3, 18, 20, 23, 26 b) LOGP; 3.1, 74.9, 80, 182 b), 230.1 RP]-, constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelares en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan.

El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985).

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.

Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger.

Por consiguiente, todo lo que dejamos expuesto nos conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege.

Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.

A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º; 2/1982, fundamento jurídico 5.º, 110/1984, fundamento jurídico 5.º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos

fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse.

En aplicación de esta doctrina, procede examinar si la asistencia médica que autoriza la resolución recurrida viene justificada en la protección de derechos o valores constitucionalmente reconocidos y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquellos a los que se impone.

Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida.

Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985).

Por otro lado, la necesidad de cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un Centro penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y salud, como bienes también constitucionalmente protegidos, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra «riesgo serio» la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno.

El propio art. 15 de la Constitución prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; pero esta prohibición no puede estimarse que haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre.

«Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la

causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente.

En este sentido, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York, de 10 de diciembre de 1984 (ratificada por España el 19 de octubre de 1987 y en vigor en general desde el 26 de junio de 1987, y para España desde el 20 de noviembre siguiente), define la tortura como «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia» (art. 1.1). Esta Convención extiende, además, sus garantías a «otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1».

Asimismo, en relación con el art. 3 CEDH, que establece una interdicción similar a la del art. 15 C.E., el TEDH, partiendo de su propia doctrina acerca de las penas degradantes (SS de 18 de enero y 25 de abril de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido- y -caso Tyrer-, respectivamente) ha señalado que «para que el trato sea "degradante" debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo(...) una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad» (igualmente, STEDH de 25 de febrero de 1982, -caso Campbell y Cosans- y de 7 de julio de 1989 -caso Soering).

No otra es, por lo demás, la acepción que, en el concreto ámbito penitenciario, cabe dar a los términos «cruel, inhumano o degradante» que utiliza, para prohibir sanciones disciplinarias a los internos que tengan ese carácter, el art. 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, e invocadas por los recurrentes, ni otro es tampoco el alcance que, respecto de los tratos inhumanos o degradantes, tiene la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos que el art. 6 de la LOGP establece.

Por ello, y también con referencia al medio carcelario, este Tribunal tiene dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condena» (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4.º; 89/1987, fundamento jurídico 2.º), daño implícito en la misma que está excluido del concepto de tortura (art. 1.1, in fine, de la Convención contra la tortura cit., de 1984).

De acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 C.E., la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en si misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante.

iv- SENTENCIA DEL TC 150/1991, DE 4 DE JULIO

Las normas constitucionales relativas a la dignidad e la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1 C.E., así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1 C.E., si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, o pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. Por tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor parte de los argumentos esgrimidos por el Juez, pues con independencia de la mayor o menor solidez de su construcción dogmática, su misma utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la ratio de la institución de la reincidencia, postura que, aun siendo compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.

a) En este sentido, por lo que se refiere a la contradicción del art. 10.15 del Código Penal con el principio de culpabilidad penal, los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad parten de una premisa inexistente, a saber: que la Constitución ha optado por una doctrina de la culpabilidad, más concretamente la de la «normalidad de la motivación». Pero es indudable, conforme a lo antes expuesto, que

esta suposición carece de todo fundamento, y, consecuentemente, no cabe apreciar la inconstitucionalidad denunciada. En efecto, la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988 y otras). Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación». De otra parte, tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como alma el Juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos.

b) Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los «fines constitucionales» de la pena.

Un segundo grupo de razonamientos aducidos en los Autos de planteamiento para promover la cuestión de inconstitucionalidad se basan en la presunta infracción por el art. 10.15 del C.P. de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad consagrados en el art. 9.3 C.E. en relación con el art. 25.2 C.E. Se afirma al respecto, en síntesis, de una parte, que la regulación que el art. 10.15 del C.P. hace de los distintos supuestos en los que concurre la reincidencia como agravante puede suponer para el delincuente un obstáculo para el cumplido conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos. De otra parte, que el aumento de la segunda o sucesivas penas, sobre la base de la ineficacia de la pena anterior, constituye un ejercicio arbitrario del ius puniendi del Estado.

Pero ninguno de estos argumentos puede servir para estimar que el art. 10.15 C.P. sea contrario a los arts. 9.3 y 25.2 C.E. En primer lugar, es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de *lex certa*, como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica, el empleo las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada (SSTC 122/1987, 133/1987, 69/1989 y 219/1989).

La duda de constitucionalidad del art. 10.15 C.P. se ha planteado también por entender que constituye un trato degradante, contrario al art. 15 C.E., el que el legislador dispensa al sujeto reincidente, en cuanto veta al juzgador la posibilidad de imponerle la pena legalmente prevista por un hecho concreto en su grado mínimo. En este sentido, razona el Juez, la pena es degradante porque, de una parte, valora al penado que debería haber sido reintegrado en el ejercicio de todos sus derechos -art. 73 de la L.O. General Penitenciaria, al mismo nivel que el reo que tiene penas pendientes de cumplimiento; y, de otra, es una pena no justificada, dada la presumible imposibilidad de obtener fines de Prevención general o especial que no se hayan logrado con la pena anterior.

Son necesarias algunas precisiones para situar correctamente, en la medida de lo posible, las tachas de inconstitucionalidad aducidas. En primer lugar, según tiene afirmado este Tribunal, pena degradante es la que provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986 y 89/1987), Y su calificación como tal «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que reviste (STC 65/1986)». Es claro al respecto que la previsión del legislador de una mayor pena -no sólo de las privativas de libertad- por la concurrencia de la agravante de reincidencia, o por cualquier Otra agravante, no constituye, de SUYO, un trato inhumano o degradante a la luz de la doctrina expuesta. Asimismo, es necesario reiterar, como ya se dijo, que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena corresponde en principio al legislador (fundamento jurídico 4.º).

En segundo lugar, y en relación con los otros argumentos utilizados, el Juez promotor da por supuestas determinadas cuestiones dogmáticas, lo que acarrea sin más la irrelevancia de dichos alegatos. En efecto, cuando se afirma que la apreciación de la reincidencia impide al juzgador la posibilidad de imponer la pena legalmente Prevista para un hecho en su grado mínimo, o que la agravación por reincidencia no se justifica en ninguno de los fines de la pena, implícitamente se parte de concretas concepciones dogmáticas acerca de cuál sea la naturaleza de las circunstancias agravantes (esto es, sobre si las mismas afectan únicamente a la pena o pertenecen al ámbito del delito) y cuáles son los fines de la pena, respectivamente.

v- SENTENCIA DEL TC 57/1994, DE 28 DE FEBRERO

Los derechos reconocidos en los arts. 15 y 18.1 C.E. se hallan estrechamente relacionados, por cuanto ambos son proyección de la dignidad de la persona que como valor jurídico fundamental consagra el art. 10.1 C.E. (STC 53/1985, fundamento jurídico 8º y ATC 238/1985), conviene examinar separadamente una y otra queja; y en atención al mismo planteamiento del recurrente, considerar en primer lugar, la basada en el art. 15 C.E. para determinar si dichas órdenes son constitutivas de un trato inhumano o degradante, prohibido por dicho precepto constitucional.

A) La interdicción de "la tortura", así como de las penas o "tratos inhumanos o degradantes", se contiene en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y en Convenios internacionales en los que es parte España (arts. 7 y 3, respectivamente, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950). Prohibición que, para el concreto ámbito penitenciario, se ha establecido en el art. 31 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, el art. 37 de las Reglas Penitenciarias Europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y es de destacar, por último, que en nuestro ordenamiento, bajo la más genérica prohibición de "malos tratos" a los internos, se contiene en el art. 6 L.O.G.P., precepto que ha de ser interpretado en relación con el art. 15 C.E. y los instrumentos internacionales que se han mencionado, por lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la STC 120/1990, fundamento jurídico 9º, para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del art. 3 del Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. Habiendo declarado este Tribunal, de conformidad con esa doctrina, que las tres nociones también recogidas en el art. 15 C.E. ("torturas", "penas o tratos inhumanos", penas o tratos "degradantes") son, en su significado jurídico "nociones graduadas de una misma escala" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente" (SSTC 127/1990, fundamento jurídico 9º y 137/1990, fundamento jurídico 7º). Y en particular, respecto al concreto ámbito penitenciario, se ha dicho que para apreciar la existencia de "tratos inhumanos o degradantes" es necesario que "estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena" (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4º; 2/1987, fundamento jurídico 2º; 89/1987, fundamento jurídico 2º; 120/1990, fundamento jurídico 9º; 137/1990, fundamento jurídico 7º y

150/1991, fundamento jurídico 7º). E interesa destacar, de otra parte, que este Tribunal ha declarado que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante "en razón del objetivo que persigue", ello no impide que se le pueda considerar como tal "en razón de los medios utilizados" (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 9º y 137/1990, fundamento jurídico 7º).

B) En el presente caso, el Abogado del Estado ha alegado que el objetivo o finalidad de las órdenes impartidas al recurrente era la de evitar que objetos y sustancias peligrosas pudieran ser introducidas en el establecimiento penitenciario, con riesgo para la vida o la salud de los reclusos, lo que excluye, a su juicio, que pueda ser constitutiva de "trato inhumano o degradante". Aunque cabe observar que el recurrente de amparo no cuestiona esa finalidad general, sino que su queja por lesión del art. 15 C.E. se basa en el contenido de la orden que le fue impartida y en las circunstancias relativas a la práctica de la medida. Lo que exige examinar ambos extremos a la luz de la doctrina antes expuesta, pues como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencia de 25 de febrero de 1982, asunto "Campbell y Cosans").

Ha de entrarse seguidamente en el examen de la segunda queja formulada por el recurrente para determinar si la orden impartida al mismo, aun no constituyendo un trato degradante prohibido por el art. 15 C.E., ha vulnerado su derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 C.E. le reconoce. A cuyo fin, antes de proceder al examen de las circunstancias del presente caso conviene exponer, en lo que aquí especialmente interesa, la doctrina de este Tribunal en torno al derecho fundamental que se invoca como fundamento de la queja.

A) El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, fundamento jurídico 3º; 179/1991, fundamento jurídico 3º; y 20/1992, fundamento jurídico 3º).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, fundamento jurídico 7º; 120/1990, fundamento jurídico 12; y 137/1990, fundamento jurídico 10º).

B) Pero dicho esto, conviene además precisar, en primer término, que el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. En segundo lugar, aun tratándose ya de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto (STC 37/1987, fundamento jurídico 7º); por lo que se concluía en esta Sentencia, respecto a los ciudadanos que gozan una situación de libertad, que "tal afectación del ámbito de intimidad es sólo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 C.E.)".

vi- SENTENCIA DEL TC 196/2006, DE 3 DE JULIO

Es reiterada doctrina constitucional la de que no nos corresponde reconstruir de oficio la demanda de amparo, ni suplir las razones de las partes —sobre las que recae la carga de la argumentación— cuando aquéllas no se aportan al recurso (entre las más recientes, SSTC 42/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 72/2006, de 13 de marzo, FJ 1; y 123/2006, de 24 de abril, FJ 3).

A este respecto se ha recordado en múltiples ocasiones que el citado requisito no es un mero formalismo rituario, retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en el proceso jurisdiccional ordinario y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se hubiera dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente (SSTC 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2; 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4; 161/2005, de 20 de junio, FJ 2; y 30/2006, de 30 de enero, FJ 2).

Los derechos reconocidos en los arts. 15 y 18.1 CE se hallan estrechamente relacionados, por cuanto ambos son proyección de la dignidad de la persona que como

valor jurídico fundamental consagra el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4).

En relación con la queja basada en el art. 15 CE debemos recordar que hemos calificado de tratos inhumanos o degradantes a aquellos que denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 7). Y con este sentido aparecen reflejados, para el concreto ámbito penitenciario, en el art. 31 de las reglas mínimas de tratamiento de los reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, el art. 37 de las Reglas penitenciarias europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y, en nuestro ordenamiento, bajo la más genérica prohibición de “malos tratos” a los internos, que se contiene en el art. 6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria. Igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída a propósito del art. 3 del Convenio (SSTEDH de 18 de enero de 1978, caso Irlanda c. Reino Unido; 25 de abril de 1978, caso Tyrer c. Reino Unido; 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans c. Reino Unido; 7 de julio de 1989, caso Soering c. Reino Unido; 16 de diciembre de 1999, caso V. c. Reino Unido; 26 de octubre de 2000, caso Kudla c. Polonia; 19 de abril de 2001, caso Peers c. Grecia; 15 de julio de 2002, caso Kalashnikov c. Rusia; y 4 de mayo de 2003, caso Van der Ven c. Holanda).

De otra parte, aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante “en razón del objetivo que persigue”, ello no impide que se le pueda considerar como tal “en razón de los medios utilizados” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4).

En aplicación de esta doctrina, en los casos resueltos por las SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 204/2000, de 24 de julio, hemos descartado que los cacheos con desnudo integral allí cuestionados hubieran supuesto una violación del art. 15 CE de los respectivos reclusos demandantes de amparo. Tampoco en el presente caso, en el que la previsión de que el interno se desnudara por completo antes de suministrar la muestra de orina tenía por objeto comprobar que no llevaba consigo nada que pudiera alterar el posterior resultado del análisis de orina y, desde luego, no entrañaba que hubiera de producirse ningún contacto corporal con el recluso, sino sólo que éste se desnudara para posteriormente, dotado de una bata o albornoz, pasar a una habitación y proporcionar la muestra de orina. A la vista de ello no se desprende que la orden impartida al recurrente en amparo —ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados— hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el art. 15 CE. Lo que conduce a la desestimación, en este punto, de la queja del recurrente de amparo.

Sentado lo anterior, ha de valorarse si la orden impartida al recurrente, aun no constituyendo un trato degradante, ha vulnerado el derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 CE le reconoce. Resulta indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal constitucionalmente protegido, según el criterio social dominante en nuestra cultura (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Pero, por otra parte, debemos considerar que la intimidad personal no es un derecho de carácter absoluto (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y que, además de llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, puede el propio titular de este derecho aceptar inmisiones en el mismo.

Así, el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar una limitación de la intimidad corporal. Tal limitación podrá ser acordada mediante resolución judicial motivada que satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, sin excluirse (debido a la falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4).

El derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en su dimensión o vertiente de principio de tipicidad y taxatividad en la interpretación y aplicación de las normas que delimitan las infracciones, impone por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la Administración sancionadora y de los órganos judiciales a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente (por todas, SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; y 9/2006, de 16 de enero, FJ 3). Para analizar la posible vulneración del art. 25.1 CE desde esta perspectiva de la labor de interpretación y subsunción realizada en las resoluciones impugnadas bastará con recordar que este Tribunal ha reconocido que resultan contrarias a las exigencias derivadas del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE aquellas aplicaciones de las normas sancionadoras que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios, sea por su soporte metodológico, al derivar de una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, o axiológico, al partir de una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional (por todas, SSTC 111/2004, de 12 de julio, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; y 9/2006, de 16 de enero, FJ 4).

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la

obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. Por ello, si la Administración o el órgano judicial prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción (desde la temprana STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22, hasta las más recientes SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5; y 110/2006, de 3 de abril, FJ 4).

vii- SENTENCIA DEL TC 34/2008, DE 25 DE FEBRERO

El contenido primario del derecho que proclama el art. 24.1 CE garantiza la satisfacción de la pretensión, que se producirá siempre que reciba una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho, lo que no sucederá si es arbitraria o manifiestamente irrazonable, o está incurso en un error patente. De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del querellante —“que, sin mayor problema podemos trasladar al denunciante que, como ofendido, promueve la actividad jurisdiccional a través de su denuncia” (STC 138/1997, de 22 de julio, FJ 5)— puede satisfacerse adecuadamente en el plano constitucional con una decisión ab initio de inadmisión de la denuncia o de la querella; o con una decisión posterior de finalización de la instrucción, sobreseimiento y archivo de la causa; o con una decisión final relativa al fondo de la pretensión penal que se deducía. En sentido contrario, cabrá declarar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cualquiera de los momentos señalados, pudiendo radicar la actuación lesiva en la decisión de no proseguir con las indagaciones penales —vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que, cuando se refiera a diligencias debidamente solicitadas por el recurrente que ha sido parte en el proceso judicial podrá vincularse a la eventual vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa— o, realizadas éstas de un modo suficiente, en la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o en la calificación jurídica de los hechos que se constatan.

El ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la

calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados, y, si se admite la querella, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional de conformidad con los arts. 637, 641 y 789.5.1 [de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim] (entre otras muchas, SSTC 148/1987, de 28 de septiembre, FJ 2; 175/1989, de 30 de octubre, FJ 1; 297/1994, de 14 de noviembre, FJ 6; 111/1995, de 4 de julio, FJ 3; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 138/1997, de 4 de junio, FJ 5; 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11; 129/2001, de 4 de junio, FJ 2, y 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 2.b) ... De lo aquí expuesto se deduce que el análisis de la demanda de amparo se ciñe a la cuestión de si las resoluciones judiciales de terminación anticipada del procedimiento penal se fundaron de forma razonable, no arbitraria, ni incurra en error patente en alguna de las causas legalmente previstas” (STC 63/2002, de 11 de marzo, FFJJ 3 y 4).

La doctrina expuesta no significa que sea irrelevante que la denuncia o querella se interponga en defensa de derechos fundamentales que el demandante de amparo reputa vulnerados por el delito que había denunciado. Con independencia del sentido de la actuación judicial de amparo respecto a un conflicto suscitado entre particulares en materia de derechos fundamentales, que no es el caso, la intervención judicial relativa a la iniciación o prosecución de la investigación penal promovida por la lesión de derechos fundamentales puede ocasionar una vulneración de los mismos a través de “consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido” (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 81/2002, de 22 de abril, FJ 2; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5.a), sin perjuicio, además, de que esa intervención judicial, sin ser la propia de la tutela de los derechos sustantivos que se dicen lesionados, deba tomarlos en cuenta en la medida en que formen parte del fondo de la decisión.

En efecto, constituye doctrina consolidada del Tribunal Constitucional la que señala que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, “reforzadas” (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2;

11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 4), o en juego (SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o quede afectado (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión. Tal cosa sucederá, significativamente para los efectos del presente caso de demanda de protección penal del derecho a no padecer torturas ni tratos inhumanos o degradantes, cuando “la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental” (entre otras, SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 51/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 74/2005, de 4 de abril, FJ 2). Estamos en estos casos ante decisiones judiciales “especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles” (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 112/2004, de 12 de julio, FJ 4; 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3; 196/2005, de 18 de julio, FJ 3).

En tales supuestos el art. 24.1 CE exige, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). Es necesario así, en primer lugar, que se dé una “relación directa y manifiesta ... entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su argumentación jurídica” (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), y que “en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso” (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Y sobre todo es necesario también que la resolución judicial sea “conforme” con el mismo (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), “compatible” con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4), esto es, que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). De este modo, como recordaba recientemente la STC 224/2007, de 22 de octubre, es “perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas” (SSTC 14/2002, de 28 de enero, FJ 5; 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4)” (FJ 3).

El derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que

se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE.

Los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE se caracterizan por la irrogación de “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 196/2006, de 3 de julio, FJ 4). Cada tipo de conducta prohibida se distingue por “la diferente intensidad del sufrimiento causado” en “una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o **trato degradante**” (ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5; también, SSTC 137/1990, de 19 de julio, FJ 7; 215/1994, de 14 de julio, FJ 5), para cuya apreciación ha de concurrir “un umbral mínimo de severidad” (ATC 333/1997, FJ 5; conforme a la SSTEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, § 28; de 25 de marzo de 1993, Castello-Roberts c. Reino Unido, § 30). Tales conductas constituyen un atentado “frontal y radical” a la dignidad humana, “bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13).

Dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13; y SSTEDH de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, § 88; de 28 de julio de 1999, Selmouni c. Francia, § 95; de 11 de abril de 2000, Sevtap Veznedaroglu c. Turquía, § 28; de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 32; de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, § 120). Por ello, tal prohibición se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales.

Si la gravedad es la primera de las características de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes que importa destacar en orden al análisis de la suficiencia y de la efectividad de la tutela judicial que ha de seguir a su denuncia, constituye la segunda

característica la difícil detectabilidad y perseguibilidad de este tipo de conductas. A su natural comisión en una situación de clandestinidad se une el hecho de que, al menos en su configuración histórica, en su realización más habitual y en la definición que procuran el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el art. 174 del Código penal, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son conductas que se realizan en el seno del poder público y que cuentan por ello con los resortes del mismo para potenciar esa opacidad. A las dificultades probatorias de este hecho para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas o de tratos inhumanos o degradantes ha de sumarse la existencia de técnicas de aflicción de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, así como la peculiar situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que dificulta una denuncia de su parte.

La experiencia histórica y la reflexión en torno a estos factores confirman que la persecución y la sanción de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, y el efecto de prevención futura de su vulneración que de los mismos resulta, sólo son posibles con una actuación judicial especialmente intensa y perseverante de investigación de sus denuncias. Así lo afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien “sin una investigación oficial efectiva ... la prohibición general de tortura y de trato y castigo inhumano y degradante, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica y en algunos casos los agentes del Estado podrían abusar de los derechos de aquellos bajo su control con total impunidad” (STEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32; también, SSTEDH de 28 octubre 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria*, § 102; de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 38). La misma preocupación revela la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (arts. 2.1, 12 y 13).

El derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado descrito en el fundamento jurídico 4, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial. Por lo mismo en un supuesto de valoración judicial de las declaraciones de unos acusados que habían sufrido previamente torturas y malos tratos, este Tribunal consideró que resulta exigible una “diligencia reforzada del órgano judicial” no sólo “a

la vista de los derechos fundamentales en juego” y “de la gravedad de la vulneración”, sino también “de la absoluta necesidad de tutela de los mismos en ese contexto” (STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8).

Todo ello conduce a la confluencia de esta exigencia singular de tutela judicial con el concepto de “investigación oficial eficaz” (STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 2), que utiliza en este ámbito el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32; de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 38; de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, § 156), a cuya jurisprudencia “corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril)” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En concreto, hemos señalado que sus “consideraciones ... al interpretar el art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos ... son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución, que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución, según el cual, ‘las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España’, entre los que se cuenta el mencionado Convenio europeo” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4).

La tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la Administración de Justicia. Como hemos dicho “resulta inútil, e incluso improcedente, cualquier medida investigadora que, ya sin poder alterar la convicción del Juez, prolongase indebidamente ... la causa, contrariando los propios derechos constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querellados” (SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 3). Por el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser desechadas. En suma, “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los

Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” (STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3).

Para valorar si existe una sospecha razonable de tortura, o de trato inhumano, o de trato degradante, y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex art. 24.1 CE el cierre de la investigación, es necesario tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso en el contexto propio de este tipo de denuncias y de la instrucción a la que dan lugar:

a) Se ha de atender así, en primer lugar, a la probable escasez del acervo probatorio existente en este tipo de delitos clandestinos que, por una parte, debe alentar la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otra, abunda en la dificultad de la víctima del delito de aportar medios de prueba sobre su comisión. A compensar tal dificultad responde la finalidad del principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción. La tutela judicial del derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes puede exigir así que se inicie o avance en una investigación allí donde quizás en otro tipo de supuestos podría advertirse una base insuficiente. A esta exigencia responden los estándares de “queja demostrable” (STEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32), “sospecha razonable” (STEDH de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 37) y “afirmación defendible” (STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, § 156) utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para desencadenar la obligación judicial de una investigación oficial eficaz. Se trata de que las sevicias denunciadas sean “aparentemente verosímiles” (STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3).

b) El derecho a la tutela judicial efectiva no resulta vulnerado si el órgano judicial decide no abrir la investigación o clausurar la iniciada porque la denuncia se revele como no demostrable o la sospecha como no razonable. Para llegar a tal conclusión el órgano judicial debe observar algunas cautelas que se derivan de la posible peculiar situación psicológica del denunciante y de la cualificación oficial de los denunciados. La desigualdad de armas que tales factores puede acarrear debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la

aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma sean atribuibles a las personas encargadas de su custodia. Como recuerda la STC 7/2004, de 9 de febrero, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “cuando un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar las explicaciones necesarias sobre las heridas y que de no existir tales incurre en violación del art. 3 CEDH” (FJ 7). Afirma, en efecto, la STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, que “cuando un individuo que se encuentra en buen estado de salud es detenido preventivamente y que en el momento de su puesta en libertad se constata que está herido, corresponde al Estado proporcionar una explicación plausible del origen de las lesiones, a falta de la cual se aplicará el artículo 3 del Convenio (Sentencias *Tomasi c. Francia* de 27 de agosto 1992, serie A núm. 241-A, págs. 40-41, págs. 108-111, y *Ribitsch c. Austria* de 4 diciembre 1995, serie A núm. 336, pág. 26, § 34)” (§ 87).

c) Constituye también una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que “el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva” (STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8).

Desde la perspectiva constitucional de la tutela judicial de la prohibición absoluta de los tratos inhumanos o degradantes no se trata de que se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí de que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquéllas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones.

viii- SENTENCIA DEL TC 63/2008, DE 26 DE MAYO

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en

relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento de instrucciones penales incoadas por denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes en las recientes SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero, y 52/2008, de 14 de abril.

El Tribunal ha destacado en la citada STC 34/2008, y reiterado en la STC 52/2008, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, §156), que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se “ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial” (FJ 6). Del mismo modo, y en relación con lo anterior, también se ha señalado en la misma Sentencia que en estos casos “el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE” (FJ 6).

Igualmente, se ha hecho especial incidencia en que si bien esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles, “[p]or el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (STC 34/2008, FJ 6), ya que “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano

fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” (STC 224/2007, FJ 3).

Por último, ha señalado que para evaluar si existe una sospecha razonable de tortura y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex art. 24.1 CE el cierre de la investigación, deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada caso, siendo preciso atender, entre otras circunstancias, a la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos, lo que debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción. Del mismo modo, también se destaca que la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas encargadas de su custodia. Además, se pone énfasis en que constituye una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica (STC 34/2008, FJ 7).

ix- SENTENCIA DEL TC 116/2010, DE 24 DE NOVIEMBRE

Lo que prohíbe el art. 15.1 CE es la pena o trato degradante o inhumano en sí mismos, de forma que “por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Esta referencia obligada a la propia naturaleza de la pena como núcleo básico del análisis constitucional impide, en el control abstracto de la norma, tomar en consideración las excepcionales y variadas circunstancias personales de una determinada persona acusada por un delito o cómo sobre su situación personal anterior

al delito pueda presumirse que va a incidir la normal aplicación de la pena. Por tanto, en este aspecto, nuestra conclusión ha de ser también desestimatoria de la duda planteada, al no apreciar que la pena cuestionada, por su propia naturaleza o las modalidades posibles de su ejecución, ocasionen o tengan intención de ocasionar al penado, ante los demás o ante sí mismo, “una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9), lo que hemos declarado que constituye el contenido mínimo protegido en este ámbito por el art. 15.1 CE (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero y 25 de abril de 1978 -Caso Irlanda contra el Reino Unido- y -Caso Tyrer-, respectivamente).

x- SENTENCIA DEL TC 106/2011, DE 20 DE JUNIO

Nos encontramos ante una demanda sustentada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que convendrá recordar lo que este Tribunal viene afirmando reiteradamente en nuestra jurisprudencia, en el sentido de que el contenido primario de este derecho garantiza la satisfacción de la pretensión, que se producirá siempre que se reciba una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho, lo que no sucederá si es arbitraria o manifiestamente irrazonable o está incurso en un error patente. Ahora bien, también hemos afirmado que “el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento o archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados y, si se admite la querella, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en el caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional” (entre las últimas, STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2).

Tampoco hay que olvidar que la persona que interpone la demanda de amparo es la presunta víctima de un delito, siendo doctrina de este Tribunal Constitucional que ésta, como afirmamos en la STC 145/2009, de 15 de junio (FJ 4), no tiene un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7),

sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en derecho” (así, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). Por ende, la función esencial de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se ha de circunscribir a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen.

Lo anterior no significa que sea irrelevante que la denuncia o querella se interponga en defensa de derechos fundamentales que el demandante de amparo reputa vulnerados por el delito que había denunciado. En efecto, constituye doctrina consolidada de este Tribunal que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva serán distintas y más estrictas, “reforzadas” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3, y 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no se refiera directamente a la preservación o a los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2 y 71/2004, de 19 de abril, FJ 4), en juego (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o quede afectado (SSTC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5 y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión. Estamos en estos casos ante decisiones judiciales “especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles” (SSTC 196/2005, de 18 de julio, FJ 3; 74/2007, de 16 de abril, FJ 3, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3).

Por ello, en tales supuestos el art. 24.1 CE exige, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). Sobre todo es necesario que la resolución judicial sea “conforme” con el mismo (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), “compatible” con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4), esto es, que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). De este modo, como subrayaba la STC 224/2007, de 22 de octubre, es “perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de Derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas” (FJ 3). En estos casos, la evaluación de la efectividad y de la suficiencia de la tutela judicial dispensada coincidirá con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no sólo de que las decisiones

impugnadas de cierre de la misma estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental que se invoca como lesionado. Debiendo insistirse, como recuerda la anteriormente citada STC 34/2008, de 25 de febrero, que “la suficiencia de la investigación judicial no puede ser resuelta sólo con criterios abstractos, sino en función tanto de los datos que se aportaron inicialmente a la instrucción y de los después conocidos, que aportaban o eliminaban argumentos para continuarla o para darla por terminada, como de la gravedad de los hechos investigados y de la dificultad propia de la investigación, que pueden exigir nuevas y más incisivas diligencias que en otro tipo de causas serían innecesarias” (FJ 4).

Expuesto lo anterior, conviene recordar ahora que la demandante de amparo invoca como vulnerado el derecho fundamental reconocido en el art. 15 CE, por el trato degradante y hostigamiento psicológico que dice haber sufrido en la unidad militar donde estaba destinada. Refiere, así, una situación de acoso moral en el ámbito castrense, materializado a través de una serie de arrestos y otras medidas adoptadas indebidamente por sus mandos directos, según su versión, que han conducido a su baja en el servicio por un trastorno psicológico adaptativo relacionado con su situación laboral. En definitiva, la recurrente, al atribuir al coronel y al capitán mencionados la presunta comisión de un delito de abuso de autoridad [art. 103 del Código penal militar (CPM)] o exceso arbitrario en el mando (art. 138 CPM), está denunciando un ejercicio abusivo o denigrante en el uso de sus atribuciones por parte de los referidos oficiales, con la exclusiva intención de humillarla o acosarla psicológicamente.

Esta queja, con independencia de que resulte o no convenientemente acreditada a lo largo del procedimiento penal, se ha de enmarcar necesariamente en el ámbito del art. 15 CE, no sólo por la referencia que hace este precepto a la integridad moral, siendo incuestionable que el acoso denunciado afectaría a la dignidad profesional de la persona, en este caso de una militar, sino también en relación a la integridad física, por los efectos que se describen haberse derivado para la salud de la recurrente. En este sentido, este Tribunal Constitucional ha afirmado, en un caso en que la Administración había denegado a una trabajadora unas solicitudes de prórroga de baja por incapacidad laboral, que tal actuación “sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se genera un peligro grave y cierto para la salud del afectado” (STC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4).

Por otra parte, la recurrente viene a imputar al capitán, aunque con otra denominación, un supuesto acoso sexual desarrollado en su ámbito profesional, cualificado por la relación jerárquica que ostentaba este oficial, configurado como una vulneración del derecho a la intimidad personal de art. 18.1 CE, pues ha sido en este precepto donde la jurisprudencia de este Tribunal ha venido enmarcando dicha reclamación, “al tratarse de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad en desdoro de la dignidad humana”, sin olvidarse la conexión que la misma pueda tener “con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores

constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres” (STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 2); sin que sea relevante el hecho de que no hayan sido citados expresamente por la recurrente los arts. 18 y 14 CE, pues no es menos cierto que “los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la dignidad humana que se adujo siempre como raíz de la reacción judicial de la víctima” (STC 224/1999, antes citada, mismo fundamento jurídico).

Además de los derechos fundamentales que la recurrente pretende defender a través de la investigación judicial que ha promovido, no hay que olvidar que ésta se halla sometida al rigor de una relación de sujeción especial que se deriva de su estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y subordinación proyectan sus efectos de forma permanente (art. 9 de las vigentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), habiendo denunciado a unos mandos respecto de los que se encuentra subordinada y sobre los que recae la importante misión de realizar los informes correspondientes en que se ha de basar la renovación o no de su compromiso con el Ejército. Esta cualificación profesional de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial en la investigación frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, debiendo practicarse cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos.

En el citado Auto procede también el Juzgado a explicar por qué se archiva la causa sin practicarse una serie de diligencias de prueba propuestas por la denunciante. Éstas se referían a la testifical de otra soldado destinada en su misma unidad y la pericial consistente en “someter a la soldado Jessica Álvarez Parraga a pruebas de detección de drogas tóxicas o estupefacientes”. Además, se aportaba “un acta notarial de fecha 27 de junio de 2008, en la que la soldado Álvarez Parraga muestra un teléfono móvil, que identifica como de su propiedad, en el que aparecen grabados dos mensajes recibidos, uno el 17 de agosto de 2007 y otro el 20 de agosto siguiente, remitidos desde un número de abonado que la citada soldado identifica como del Capitán denunciado, y cuyo texto es: 'hay momentos en la vida que son especiales por sí solos, compartirlos con la persona que quieres los convierte en inolvidables' y, el segundo mensaje: 'En la vida los tesoros no están a simple vista, hay que buscarlos, aprende de mí ya que un día buscando tesoros te encontré a ti'”. Ante la petición de estas diligencias el Juzgado, en el fundamento jurídico primero de su resolución, pone de relieve que “la testifical y pericial mencionadas” no se consideran “actuaciones esenciales”, por lo que “no procede su práctica”. Añade el órgano judicial que, además, “aún admitiendo que el resultado de esa prueba fuera la de confirmar las afirmaciones de la soldado Álvarez los fundamentos del archivo serían los mismos”. Igualmente, “carecen de interés los mensajes recogidos en el acta notarial y respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal. Son mensajes remitidos hace un año y su contenido aparece como intrascendente. El hecho de que la citada soldado los conserve

durante un año significa, por un lado, que les da una importancia que objetivamente este Juez no aprecia y, por otro, que serían los mensajes más importantes que le habrían remitido en ese período de tiempo, por cuanto son los que han merecido ser conservados y presentados en acta notarial en este procedimiento”.

Por su parte, el Tribunal Militar Central en su Auto, de 24 de octubre de 2008, justifica la decisión adoptada por el Juez Togado al satisfacer las exigencias del art. 24.1 CE, por cuanto éste concluye su investigación en “un Auto razonado, en el que, tras ponderar todas las circunstancias que concurren en los hechos denunciados, llega a la conclusión de que, al no apreciar la existencia de ilícito penal alguno, considera procedente el archivo de las actuaciones” (fundamento jurídico segundo). Además el Juez instructor ha realizado una profusa y detallada investigación, “en cuya sede se ha tenido por personada a la parte recurrente y permitida la plena participación a través de su letrado, en cuantas diligencias procesales de prueba ha considerado oportuno intervenir, de las admitidas como pertinentes” (mismo fundamento jurídico). Lo anterior, continúa la Sala, sin perjuicio de que “el apelante discrepe de los criterios y valoraciones realizados por el Juez Togado, y considere que procede continuar las actuaciones de referencia hasta la completa depuración de las responsabilidades en las que hayan podido incurrir los denunciados acerca de su pretendida persecución, acoso o presión moral” (fundamento jurídico tercero).

Así, las resoluciones judiciales justificaron esencialmente este archivo en que las medidas adoptadas por los mandos militares, tanto los arrestos a la soldado como las demás medidas, estaban enmarcadas dentro del ámbito de sus competencias y atribuciones. No obstante, en una interpretación acorde con los derechos fundamentales implicados o vinculada con la naturaleza de la decisión adoptada, no se trataba tanto en esta causa de comprobar mediante la investigación judicial si cada uno de los arrestos sufridos por la soldado estaban dentro de las competencias disciplinarias de los oficiales que las impusieron o si la denunciante fue informada o no de la posibilidad de recurrirlos, o si el cambio de destino sobrevenido era una facultad del jefe que lo acordó, o si el análisis de orina que se le practicó siguió los “protocolos operativos previstos”, sino si todas estas iniciativas en su conjunto fueron impuestas o no por sus mandos en desarrollo de un previo plan de instigar psicológicamente a la recurrente. Es evidente que estas actuaciones están previstas en principio como opciones legales para los oficiales que las acuerdan, pero pueden resultar ilegítimas si se comprueba posteriormente que están movidas por un propósito de presionar a la soldado recurrente, debiendo ser éste el objeto de una investigación judicial de estas características. En este caso, en las resoluciones judiciales, tanto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 como del Tribunal Militar Central, se aprecia un déficit constatable respecto a esta motivación específica, pues las mismas no expresan convenientemente las razones que llevan al órgano judicial a no dar por acreditada la existencia de este acoso moral y sexual denunciado, necesarias para acordar el archivo de la causa de acuerdo a los parámetros constitucionales antes expuestos.

Por otra parte, la respuesta ofrecida por el Juzgado Togado Militar a la hora de proceder a inadmitir las diligencias de investigación que quedaban pendientes no resulta razonable. Así se deniega la testifical y pericial propuestas (consistentes en la declaración de otro soldado destinada en el mismo regimiento y una prueba de detección de drogas tóxicas) con el argumento de que “aun admitiendo que el resultado de esa prueba fuera el de confirmar las afirmaciones de la soldado Álvarez, los fundamentos del archivo serían los mismos”. Resulta evidente, por el contrario, que si el resultado de dicha prueba, fundamentalmente la testifical, hubiera sido conforme con la tesis sostenida en la denuncia sobre el acoso sufrido por la soldado por parte de sus mandos, la decisión a adoptar por el Juzgado podría haber consistido en continuar con la tramitación de la causa. Pudiendo haber sido útil en la investigación la declaración de esta soldado de la misma unidad, por su conocimiento directo de las circunstancias que concurren en la denuncia presentada, compartiendo este Tribunal la alegación que se vierte en la demanda sobre la insuficiencia como diligencias de investigación del mero testimonio de otros mandos, por otra parte compañeros de los denunciados.

También se deniega por el Juzgado la prueba referente al acta notarial con el argumento, como hemos visto, de que “carecen de interés los mensajes recogidos en el acta notarial y respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal. Son mensajes remitidos hace un año y su contenido aparece como intrascendente”. No obstante, resulta evidente que la recurrente pretendía demostrar que dichos mensajes habían sido remitidos por el capitán denunciado, circunstancia ésta que no se acredita en la instrucción (como reconoce el Fiscal Jurídico Militar en sus alegaciones al recurso de apelación presentado, al folio 233 de las actuaciones), lo cual podría haber sido trascendente, no sólo porque la recurrente imputa a ese oficial un supuesto acoso sexual, sino también porque son mensajes de los días 17 y 20 de agosto del 2007, en efecto “remitidos hace un año”, pero resulta que el primer arresto que se le impuso a la soldado, como hemos expuesto anteriormente, fue precisamente el 20 de agosto del mismo año.

En consecuencia, una vez comprobado que las resoluciones judiciales que acuerdan el archivo de la causa penal, tanto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 como del Tribunal Militar Central, no obstante especificar los motivos en que basan su decisión no contienen una motivación congruente con el contenido de la denuncia presentada, por no emplear una argumentación axiológica respetuosa con la naturaleza de los derechos fundamentales implicados, y habida cuenta de que por dichos órganos judiciales se procede a adoptar esta medida de cierre de la instrucción cuando todavía existían medios razonables y eficaces de investigación a su alcance para confirmar o desmentir la denuncia presentada, susceptibles, por ello, de despejar las dudas persistentes, procede otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho exige la

anulación de los Autos recurridos y la retroacción de las actuaciones para que se dispense a la misma la tutela judicial demandada.

xi- SENTENCIA DEL TC 10/2014, DE 27 DE ENERO

Como dijimos en la reciente STC 127/2013, de 3 de junio, la circunstancia de que esté involucrado un menor de edad en el presente recurso de amparo explica que, de conformidad con el art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 28 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y apellidos completos del menor de edad ni de sus padres, al objeto de respetar su intimidad.

Así las cosas, respecto del motivo expuesto en la demanda sobre la lesión del derecho a la integridad moral del menor y a su dignidad personal (arts. 15 y 10.1 CE, respectivamente), entendemos que la decisión de escolarización del mismo en un centro de educación especial, acordada por resolución de 13 de octubre de 2011 de la Dirección Provincial de Educación, no puede calificarse como “trato degradante”, por cuanto ha sido adoptada, con independencia de su acierto o no, por los órganos legalmente habilitados y en el marco de un amplio expediente reglado dirigido a evaluar sus necesidades educativas, donde han intervenido profesionales cualificados e incluso los padres del alumno afectado.

Por ello, se comparte el criterio expuesto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palencia en su Sentencia cuando rechaza esta queja indicando que “una cosa es que la Junta de Castilla y León entienda que el niño merece ser educado en un centro de Educación Especial y otra muy diferente que con tal actuación trate de menoscabar su dignidad personal atentando contra su integridad moral” (fundamento jurídico 6). Así como del Fiscal ante este Tribunal cuando en sus alegaciones indica que “resulta difícil admitir que la escolarización en un centro de Educación Especial de un menor pueda vulnerar el derecho a la integridad moral y desconocer el principio de dignidad de la persona, de modo que dichos perjuicios no serían más que meras conjeturas respecto de los riesgos que se denuncian por su ingreso en un centro de Educación especial”.

Dicho lo anterior, no es necesario extenderse en la doctrina constitucional dictada en torno a esta categoría de “tratos inhumanos o degradantes”, siendo suficiente subrayar que para que nos encontremos en estos supuestos es preciso la concurrencia de “una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (por todas, STC 116/2010, de 24 de noviembre, FJ 2), lo que hemos declarado que constituye el

contenido mínimo protegido por el art. 15 CE, circunstancias que no concurren en modo alguno en el presente supuesto.

xii- SENTENCIA DEL TC 32/2014, DE 24 DE FEBRERO.

El objeto de este recurso de amparo es determinar si la decisión judicial de denegar la incoación del procedimiento de habeas corpus ha vulnerado el derecho del recurrente a su libertad personal (art. 17.1 y 4 CE) y si durante la situación de detención se han vulnerado los derechos a conocer las razones de la detención (art. 17.3 CE) y a no ser sometido a tratos degradantes (art. 15 CE).

El recurrente aduce también la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que imputa al Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones por no haber resuelto todas las cuestiones planteadas. Esta posible lesión no tiene autonomía propia y debe ser analizada conjuntamente con la eventual vulneración del art. 17.4 CE.

Procede, en primer lugar, exponer el marco y la jurisprudencia constitucionales sobre la no admisión del procedimiento de habeas corpus.

El artículo 17.1 CE establece que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Por su parte, el artículo 17.4 CE establece que “[l]a ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”. La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus (LOHC) ha desarrollado ese mandato constitucional. El art. 1 LOHC establece que mediante este procedimiento podrá obtenerse la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, entendiendo por tal quien lo fuera sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y los requisitos exigidos por las leyes; las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes; y a aquellas personas a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

EL Tribunal Constitucional ha sentado una consolidada jurisprudencia en relación con esta previsión constitucional y la incidencia que sobre ella tienen las decisiones judiciales de no admisión a trámite de la solicitud de habeas corpus. Ha declarado que, aun cuando la LOHC posibilita denegar la incoación de un

procedimiento de habeas corpus, vulnera el art. 17.4 CE fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del art. 1 LOHC, ya que esto implica dictar una resolución sobre el fondo, cosa que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de habeas corpus son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el art. 4 LOHC (STC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2).

El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional por parte de algunos juzgados de instrucción que este Tribunal puede observar es grave, carece de justificación y dota de especial trascendencia constitucional a este recurso. De ese modo, se hace necesario reiterar que este Tribunal ha declarado que el procedimiento de habeas corpus no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el Juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de habeas corpus controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; que en esa función están vinculados por la Constitución; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 LOTC).

El recurrente presentó un escrito solicitando la incoación de un procedimiento de habeas corpus alegando que su detención era ilegal porque se estaba produciendo una prolongación indebida de la situación de privación de libertad y no se le habían comunicado los motivos de la detención. Con carácter inmediato el detenido y las diligencias policiales fueron entregados en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Benidorm. En posterior comparecencia celebrada ante la Secretaria judicial, el Abogado del recurrente también alegó un trato degradante por la falta de condiciones higiénicas de la celda en que permaneció detenido.

El órgano judicial, sin embargo, decidió no admitir a trámite la demanda de habeas corpus fundándose en el argumento de que, según constaba en las actuaciones policiales, la detención había sido practicada concurriendo los requisitos legales, el detenido había sido informado de las razones de la detención y no se había producido una prórroga de forma ilegal. En el posterior Auto de desestimación del incidente de

nulidad de actuaciones se argumentó que (i) resultaba procedente la no admisión del habeas corpus porque no había existido una prolongación indebida de la situación de privación de libertad, ya que fue el propio Abogado designado de manera particular por el detenido el que comunicó que comparecería al día siguiente en dependencias policiales para que se le tomara declaración; (ii) se había comunicado al detenido que la razón de la detención era un delito de malos tratos; (iii) y la circunstancia de estar sometido a un trato degradante por la situación de higiene de la celda no fue alegada en el escrito inicial y es una circunstancia de carácter administrativo.

Esta argumentación y la consiguiente decisión judicial vulneran el art. 17.4 CE. La solicitud de habeas corpus se fundamentó en un primer escrito en una eventual prolongación indebida de la situación de detención y en no haber conocido las razones de su detención y, en posterior comparecencia ante la Secretaria judicial, en haber recibido un trato degradante. Se aducía, por tanto, una situación de detención ilegal a las que se refieren los apartados c) y d) del art. 1 LOHC como supuestos que fundamentan el habeas corpus. Frente a ello, la decisión judicial fue la de no admitir a trámite el procedimiento de habeas corpus negando que concurrieran las situaciones en que el solicitante fundamentaba la ilegalidad de su detención y, por tanto, aduciendo razones de fondo, lo que es contrario, en los términos antes expuestos, al art. 17.4 CE.

El art. 17.4 CE, establece una garantía judicial en protección del derecho a la libertad de toda persona detenida y dicho mandato ha sido desarrollado por la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus. Por tanto, solo es constitucionalmente admisible la protección judicial dispensada con estricto cumplimiento del procedimiento regulado en esta norma. Ciertamente, este Tribunal ha declarado que en determinados supuestos puede desarrollarse un control judicial equivalente, desde el punto de vista material y de eficacia, al que puede alcanzarse por medio del habeas corpus (STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 3). Sin embargo, los diversos actos desarrollados por el Juzgado de Instrucción en este caso no pueden ser considerados equivalentes al control judicial exigido por nuestra jurisprudencia. La comparecencia se realizó ante la Secretaria judicial y este acto no puede colmar la exigencia de que, una vez incoado el procedimiento de habeas corpus, el detenido sea oído por el Juez.

No resulta procedente que este Tribunal se pronuncie sobre las vulneraciones del art. 17.3 CE —derecho a conocer las razones de la detención— y del art. 15 CE —derecho a no ser sometido a trato degradante—, ya que no es posible entender acreditados sus fundamentos fácticos. La vulneración declarada del art. 17.4 CE ha impedido que en el procedimiento de habeas corpus se establecieran las circunstancias fácticas alegadas por el recurrente para fundamentar estas otras lesiones mediante la práctica de prueba, cosa que resulta necesaria para que este Tribunal pueda analizarlas.

La vulneración del art. 17.4 CE determina que haya que declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas. No es precisa la retroacción de actuaciones, la cual

carecería de eficacia alguna por haber cesado la situación de privación de libertad a cuyo control de legalidad está orientado el procedimiento de habeas corpus (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 7).

II- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

i- SENTENCIA DEL TS DE 22 DE ENERO DE 2002.

La invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada. Pero no suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador. Asimismo este Tribunal casacional ha reiterado la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia. En el caso actual el Tribunal sentenciador no ha dispuesto de prueba directa sobre la causación material de las lesiones dada la temprana edad de la víctima y el hecho de que las agresiones se produjeron en la intimidad del hogar. Pero si ha dispuesto el Tribunal de una abundantísima prueba indiciaria, que valora razonadamente en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la sentencia de instancia a los que nos remitimos, de la que se puede racionalmente deducir que las lesiones se produjeron materialmente por el compañero sentimental de la recurrente y que ésta necesariamente tuvo que conocerlas y consentirlas dado su carácter manifiesto y la racional imposibilidad de que en la intimidad del hogar la recurrente pudiese desconocer la continua afectación de la menor por síntomas graves de lesiones traumáticas forzosamente visibles. La imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el "deber de garantía" o "posición de garante" que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva (art 11 del CP 95). Este Tribunal ha aplicado reiteradamente esta misma doctrina en casos similares: Sentencias de 22 de junio de 1991, 31 de octubre de 1991, 998/1995, de 6 de octubre, 481/1997, de 15 de abril, y 1161/2000 de 26 de junio, entre otras.

En el caso actual el Tribunal sentenciador dispuso de una abundante prueba directa, de carácter testifical y pericial esencialmente, acerca de la realidad de las lesiones y de su origen traumático, y de una prueba indiciaria suficiente y razonablemente valorada, acerca de su autoría. La Sala valora de modo directo la prueba pericial practicada en el plenario con la garantía que proporciona la inmediación y la contradicción, prueba extensa e intensa que el Tribunal califica de muy esclarecedora, para obtener la convicción del origen intencional de las lesiones. Partiendo de esta etiología delictiva, la autoría de las lesiones únicamente puede atribuirse al recurrente, como razona extensa y lógicamente el Tribunal sentenciador, valorando lógicamente los plurales indicios que así lo acreditan (fundamento jurídico quinto). La Sala sentenciadora toma en consideración, en primer lugar la pluralidad de las agresiones en un plazo de escasos meses, el mecanismo claramente intencional de algunas de ellas como las repetidas quemaduras de cigarrillo en el dorso de la mano, que exigen "una presión durante un tiempo" y que por el lugar donde se producen excluyen la etiología accidental. En segundo lugar la reiteración de golpes en la cabeza, tan fuertemente impactantes como para provocar en dos ocasiones diferentes lesiones subdurales, que necesariamente deben ser producidas por una persona adulta que golpea con saña a la menor. En tercer lugar la desatención y maltrato sanitario, higiénico y alimenticio que presentaba la menor, acreditado por los testimonios de vecinos y allegados. De todo ello se deduce lógicamente un cuadro médico-legal de maltrato familiar, avalado por la prueba pericial, pues únicamente en el núcleo más íntimo de la familia nuclear con la que convivía la menor se pudieron ocasionar dichas lesiones, sin reacción alguna por parte de su madre. En este ámbito nuclear, en el que únicamente se encuentran como posibles autores materiales ambos acusados, que necesariamente tienen que ser los que han golpeado a la menor, la Sala sentenciadora infiere de manera racional y lógica la autoría directa del acusado y la autoría en comisión por omisión por parte de la madre acusada, mediante una deducción que no carece de lógica, ni resulta absurda o arbitraria. En efecto ambos tuvieron que tener necesariamente conocimiento de las gravísimas agresiones a que se estaba sometiendo de modo reiterado a la menor indefensa, dada la intimidad del hogar donde las agresiones se producían y lo manifiesto de los síntomas que presentaba. La fortaleza necesaria para inferir las lesiones craneales, el hecho de que la primera agresión se produjera cuando la niña se encontraba en la sola compañía del acusado, las versiones contradictorias proporcionadas por éste acerca de la forma supuestamente accidental en que las lesiones se habían producido y la propia apreciación de la Sala sentenciadora sobre el carácter, personalidad y dependencia de la madre respecto del otro acusado, constituyen los cuatro indicios en los que fundamenta el Tribunal, razonablemente, la autoría directa del acusado, dentro del dato objetivo de partida de que necesariamente los dos recurrentes tuvieron que ser los autores de las lesiones. Y, como consecuencia de ello, es claro que la madre de la menor aparece como responsable en comisión por omisión, por no haber impedido lo que era evidente, según lo ya expuesto al analizar el recurso formulado por ésta. Interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000

entre otras muchas), por lo que la crítica que se pueda efectuar respecto de la fuerza probatoria de cada uno de los referidos indicios considerados aisladamente, se devanece si se consideran en su conjunto. Por otra parte la apreciación como indicio de las contradictorias manifestaciones del acusado no vulnera el principio "nemo tenetur", pues se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo (la realidad de las lesiones), y una prueba indiciaria constitucionalmente válida y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una alternativa racional o mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna, por su incredibilidad y por su manifiesta contradicción con los datos médicos acreditados, refuerzan la convicción racionalmente deducida del resto de la prueba practicada (Sentencias de 9 de junio de 1999, núm. 918 / 1999 y 17 de noviembre de 2000, núm. 1755/2000, entre otras). En definitiva, el Tribunal sentenciador utiliza siete indicios diferentes. Los tres primeros acotan el ámbito de los responsables en el núcleo familiar integrado únicamente por los dos acusados. Los otros cuatro individualizan, dentro de este núcleo, al recurrente como autor material. Como ha señalado reiteradamente esta Sala, el control casacional no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y tampoco por el del recurrente, sino únicamente la comprobación de que la inferencia deducida del conjunto indiciario responde a las reglas de la lógica y del criterio humano y que respeta la prohibición de la arbitrariedad. Pues bien, en el caso actual es claro que la conclusión del Tribunal no es en absoluto arbitraria y responde a las reglas de la lógica, respetando las reglas esenciales de la prueba indiciaria. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

ii- SENTENCIA DEL TS DE 24 DE JUNIO DE 2000.

La declaración de la víctima es, por si sola, capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia siempre que en dicha declaración no aparezcan sospechas de parcialidad o intereses ajenos a la mera expresión de la verdad de lo ocurrido, y en tal sentido como aspectos --que no requisitos-- a tener en cuenta para contrastar la veracidad de tal declaración se ha referido esta Sala a la ausencia de incredibilidad absoluta, a la verosimilitud del relato y a la persistencia de la imputación. Como ya recordaba la sentencia de esta Sala de 24 de Noviembre de 1987, nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad entre la víctima y el inculpado. En otro caso, se provocaría la más absoluta de las impunidades.

iii- SENTENCIA DEL TS DE 8 DE MAYO DE 2002.

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral (STS 819/02, 8-5).

Trato degradante. Concepto: Por trato degradante debe entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona (STS 819/02, 8-5).

Conducta única o repetida: Aunque parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente ataque, no obstante ello, no hay obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto, es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante, puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello (STS 819/02, 8-5).

Menoscabo grave de la integridad moral. Concepto: Se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral (STS 819/02, 8-5).

Gravedad: El atentado a la integridad moral ha de ser grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º (STS 819/02, 8-5).

Como valor derivado del artículo 15 de la Constitución Española aparece el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un «plus» de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos trascendencia. Pero, como exponemos, dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. delito del artículo 173 representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de

la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido. Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial («infligir a una persona un trato degradante»), y un resultado («menoscabando gravemente su integridad moral»). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, «aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral». La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión «trato degradante», que -en cierta opinión doctrinal- parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello. De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana. El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º del CP.

Desde el primer plano, es evidente que aún cuando la causación de tratos degradantes que supongan el menoscabo moral en la víctima al punto de humillarla gravemente, requiere una situación de aparente superioridad física, o fortaleza psicológica, facilitando la comisión delictiva, no podemos mantener que la simple debilidad espiritual o conductual de aquélla pueda privilegiar la realización de los actos

típicos descritos en el art. 173 del Código penal, de modo que tanto se humilla con tratos degradantes infligidos intencionadamente y con grave ánimo vejatorio, sea cual sea el componente físico o psicológico de la víctima, siendo más perverso (plus de antijuridicidad y culpabilidad) cuanto más débil en este aspecto consideremos a dicho perjudicado por el delito. Y lo propio hemos de decir respecto al comportamiento colectivo, ya que la ley no exige en modo alguno una participación de esas características, bastando con que los hechos típicos sean cometidos por una sola persona. Si concurren varios, como en este caso, estén o no identificados o cuantificados, la multiplicidad de partícipes origina en el ánimo del agente una situación de desamparo que facilita la comisión delictiva y que debe tener adecuada respuesta en la concurrencia de la agravante de superioridad.

Esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SS. 5-6-1995, 27-4-1996, 7-2-1997 y 21-3-2000, entre otras muchas):

1º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2º Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado».

3º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así. Tal abuso de superioridad no es inherente al delito, porque el mismo puede ser perfectamente cometido por una sola persona, no requiriendo participación colectiva alguna; los agresores, entre los que se contaba el acusado hoy recurrente, conocían perfectamente que tal situación numérica era aprovechada para la comisión delictiva, minimizando que no anulando la defensa de la víctima. Concorre finalmente la superioridad personal, por lo que cumpliéndose todos los citados requisitos, los motivos que hemos estudiado conjuntamente tienen que ser desestimados.

iv- SENTENCIA DEL TS DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario deslindar como fases perfectamente diferenciales dentro del proceso de análisis de las diligencias probatorias, los dos siguientes:

1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "estrictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (STC. 31.5.85) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo: y por su parte, el principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr.). La importancia de esta distinción es fundamental en la práctica dado que el Juzgador de instancia compete realizar en toda su extensión el integro proceso de análisis de las diligencias probatorias practicadas, comprensivo, por tanto, de las dos fases indicadas.

De igual manera estimamos obvio afirmar que compete al Tribunal de la apelación, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, concretar si en las resoluciones judiciales impugnadas se ha realizado escrupulosamente el análisis o examen que

aquella primera fase "objetiva" impone, y en caso negativo, es de su propia incumbencia el corregir los posibles errores judiciales que se hayan cometido, con las diversas consecuencias judiciales inherentes en una y otra forma de control. Ello es aplicación indudable del derecho constitucional a la presunción de inocencia, como asimismo el escrupuloso respeto por el Juzgador de instancia de tal principio, debe llevar a éste, cuando de tal examen resultase la inexistencia de "pruebas de cargo" contenidas con las garantías procesales, a la libre absolución del acusado. No hacerlo así sería un "error judicial" revisable por las vías indicadas.

Sin embargo, respecto de la segunda fase, dentro de lo hemos calificado como predominante subjetiva, en la que el Juez de instancia valora el resultado de la prueba, ponderando en conciencia los distintos elementos probatorios presentes en las actuaciones y formado ya en base a tales datos objetivos, libremente su convicción, con la importante precisión de que también en esta segunda fase sigue operando, respecto del juzgador de instancia, el derecho constitucional analizado, pero ahora ya con la clásica formulación de *in dubio pro reo*, y por lo que respecta a dicho principio, es doctrina de esta Sala que tiene un carácter inminente procesal utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado en casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo.

A pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, y aunque uno y otro sea manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio *in dubio pro reo* solo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (SSTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003).

Doctrina está recogida por esta Sala (por ej. 16.4.2003) precisando que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio, si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es si accedió lícitamente al juicio oral, si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sancionador. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (STS 120/2003 de 28.2).

Por ello el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatorio de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las sabidas garantías procesales (STS. 26.9.2003).

El recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas) sino que, cuando se alega como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional.

Es decir que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecto a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario constituye doctrina de esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia.

En este sentido se ha señalado reiteradamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos y la aplicación del contenido detallado de su testimonio queda fuera, salvo supuestos excepcionales, de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, dada la naturaleza de este recurso y la imposibilidad de que el Tribunal que lo resuelve disponga de las ventajas y garantías que proporcionan en la valoración probatoria la inmediación y la contradicción (STS. 28.1.2000).

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor.

No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP. configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos , y tan evidente es así que el art. 177 del CP . establece una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos. En consecuencia es posible a imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Resulta pues obligado delimitar el concepto penal de integridad moral que, evidentemente, no cabe confundir con el derecho fundamental a la misma.

Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. El TC. no fija un concepto preciso de integridad moral pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones. Así habla de "sensación de envilecimiento" o de "humillación, vejación e indignidad". Quizás la STC 120/90 de 27.6 nos puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE. garantiza el derecho a la integridad física y moral "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular", así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia.

Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al valor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad.

En este sentido, el TC. viene vinculando la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC. 120/90, 137/90 y 57/94) y en la doctrina habla de "incolumidad" y de "inviolabilidad personal".

El art. 175 CP ., integrado en el Título VII del libro XI referido a las torturas y otros delitos contra la integridad moral castiga a la "autoridad o funcionario público que abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el art. anterior tratase contra la integridad moral de una persona".

La jurisprudencia viene estableciendo que se trata de un delito residual que no requiere ánimo tendencial y que anteriormente mantenía una autonomía propia en el art. 204 bis, previsto para aquellos supuestos de intimidación y violencia torturante (SSTS. 11.6.92, 5.6.95, 22.9.95).

Así la STS 6.4.90 declara: "al margen de las críticas que desde la perspectiva de una ortodoxia técnica merece la sistemática epigrafiado y contenido del Título VII del CP. en el que se ubica el que se invoca como infringido art. 175, no cuestionamos la justificación de la opción legislativa a la que aquel se acomoda en tanto que su íntima razón de ser responde a la necesidad de rellenar una secular imprevisión normativa generadora de un vacío de protección frente a agresiones o actuaciones arbitrarias de funcionarios o autoridades no acompañadas de lesión para las que, en ocasiones como la presente dada la especificidad del ataque a la prohibición moral de la víctima, circunstancias periféricas de la acción y la cualificación profesional de los sujetos activo y pasivo, la calificación como falta resultaría insuficiente.

Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos (los Europeos de 1950 y 1987 de las Naciones Unidas de 1984 y la Universal de 1948) y en el art. 15 CE . permiten, a nuestro entender, acotar un quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta -como manifestación directa de la dignidad humana comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquellos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas las circunstancias".

La STS. de 3.10.2001 , analiza el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: "El art. 15 CE . reconoce a todos el derecho a la "integridad moral y proscribire con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, sin en sí mismo, investido de capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a su fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto".

Ante la tacha del tipo penal que el recurrente formulaba que excesiva amplitud o vaguedad, la citada STS. 3.10.2001 añade: "si es cierto que la formulación legal del art. 175 CP . se produce en términos de notable amplitud, también lo es que se trata de una

opción de política legislativa constitucionalmente no ilegítima que lo que demanda de los Tribunales es un uso motivado del margen de apreciación resultante".

Por último la STS 16.4.2003 dice: "el art. 175 CP . se encuentra bajo la rubrica de los delitos contra la integridad moral y supone un tipo residual respecto al delito de torturas, definido en el art. 174, en cuanto que bajo su dicción legal, se cometerá cuando la autoridad o el funcionario público, abusase de su cargo y no se hallare comprendido en el art. anterior (torturas), atentare contra la integridad moral de una persona. son pues, los requisitos:

a) En cuanto al sujeto activo, tiene que tratarse de un funcionario publico o autoridad, ya que en caso contrario la Ley prevé la sanción por la vía del art. 173, si bien este ultimo precepto refuerza la acción infringiéndose en trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito aunque puede considerarse implícito.

b) En cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciéndose de su condición publica, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de mezquindad en su comportamiento.

c) El resultado, consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el art. 15 de nuestra Carta Magna que proscribe con carácter general los tratos degradantes y se conecta directamente con la seguridad de la persona cuyo art. 10 atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social.

d) Por último, los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que confiere un carácter residual.

El comportamiento de los acusados contiene todos los elementos autocincidentes analizados. En efecto el concepto de atentado comprenderá:

a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.

b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto.

c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Y es degradante, vejatorio y produce evidentes padecimientos psíquicos y ciertamente físicos en quien lo sufre, el ser golpeado con patadas, poner el pie en el cuello, empujados violentamente, encañonado uno de ellos con una pistola y amenazado hasta hacerle llorar, reprochándoles algo tan desproporcionado con su actitud vejatoria y

humillante, con una infracción de tráfico con el ciclomotor en la que no estaban involucradas terceras personas (hacer el "caballito").

Tales hechos son evidentemente graves e inciden directamente en el contenido del art. 5.3 b. LO. 2/86 de 14.3 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en cuanto señala que sus miembros velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieran o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y dignidad de las personas (STS. 16.4.03).

Con carácter general, la jurisprudencia ha declarado, según recuerda la STS 29.2.92 que "tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad.

v- SENTENCIA DEL TS DE 3 DE MARZO DE 2009.

El art. 173.1 del Código Penal castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años, al "que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral" y guarda una estrecha relación con el art. 15 de la Constitución, en el que se proclama que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

El "trato degradante" constituye un elemento normativo del tipo penal aquí cuestionado cuya delimitación conceptual ofrece no pocas dificultades. Por lo demás, de ordinario, guarda relación con determinadas conductas de las autoridades para con sus subordinados o de los agentes de la autoridad para con los ciudadanos en general, y especialmente en el ámbito de la violencia doméstica, destacándose su carácter humillante y de envilecimiento, así como, en general, la necesidad de una cierta permanencia o, al menos, repetición; si bien, ello no es obstáculo e, incluso, puede decirse que responde de modo más preciso a la previsión típica, para que se estime cometido este delito por medio de una conducta única, siempre, claro está, que en ella se

aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su calificación delictiva.

Si el trato, en el sentido que aquí interesa, supone la comunicación o relación que se tiene con otra persona, el calificativo "degradante" indica lo que humilla, rebaja o envilece. (Degradar, según el DRAE, significa "privar a alguien de las dignidades, honores, empleos y privilegios que tiene"). En el contexto jurídico en el que nos movemos, la degradación a que aquí nos referimos debe ponerse en relación con la dignidad de la persona humana, y con el derecho a la integridad física y moral de la misma, inherente a dicha condición, en cuanto derecho reconocido a todos por el mero hecho de ser personas (v. art. 15 CE y los correlativos artículos de los Convenios internacionales sobre derechos humanos: art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos). Desde esta perspectiva, entiende la doctrina que los "tratos degradantes" consisten esencialmente en "infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma".

Tanto la legislación como la jurisprudencia, en esta materia, se han referido principalmente a la actuación de los órganos y agentes del Estado encargados de la salvaguardia de la ley y el orden y, muy especialmente, a la policía. Pero es evidente que la prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes no se agota en el ámbito policial. Varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado sobre castigos corporales empleados como sanción penal o en el campo educativo. En España, la mayor parte de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre esta materia se han referido especialmente a actuaciones relativas a personas recluidas en establecimientos penitenciarios (denegación de visitas íntimas, reclusión en celdas de aislamiento, orden de desnudarse, alimentación forzosa en presos en huelga de hambre, etc.).

Mas, dicho esto, es indudable que la prohibición de este tipo de trato en las relaciones interpersonales alcanza también a los infligidos por particulares; si bien el derecho fundamental a la integridad física y moral tiene aquí un significado distinto del que es propio de la actuación de los poderes públicos frente a los particulares, en cuanto el Estado ostenta, en principio, el monopolio en el ejercicio de la violencia legítima, que, en todo caso, ha de ser ejercido conforme a derecho. De ahí, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes. El tipo penal examinado exige que el trato degradante menoscabe gravemente la "integridad moral". De ahí la necesidad de configurar este último concepto normativo, para lo cual resulta necesario acudir nuevamente al art. 15 de la Constitución, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la legislación internacional y a los criterios asumidos al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un notable autor, en nuestra doctrina, tras

poner de relieve la imprecisión de este concepto, entiende que guarda una estrecha relación con el concepto de dignidad de la persona y con sus derechos inviolables, si bien entiende que debe dársele una proyección más limitada, estimando así que dicha expresión hay que entenderla referida al derecho de toda persona a no ser atacada en su integridad psíquica ni en su salud física y mental. El Tribunal Constitucional, por su parte, se ha referido a esta materia, entre otras, en la sentencia 120/1990, de 27 de junio, en la que se subraya que el art. 15 de la Constitución garantiza "el derecho a la integridad física y moral. Mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular". Es importante destacar a este respecto que el carácter degradante de una acción -a los efectos penales aquí examinados- no se encuentra en sí misma cuanto en que le sea impuesta al sujeto pasivo. En el ámbito del Derecho Internacional no suele hacerse especial referencia a la integridad moral, salvo en el art. 5º de la Carta Africana de Derechos Humanos. Por lo demás, no deja de plantear problemas la exigencia de que el menoscabo de la integridad moral sea grave, dado que la correspondiente valoración queda sometida al criterio de los Tribunales, con las consiguientes deficiencias desde el punto de vista del principio de seguridad (art. 9.3 CE). Una cuestión objeto igualmente de debate es la referente al bien jurídico protegido por esta figura penal. En los debates parlamentarios, se habló de la protección de la integridad moral, de la integridad psíquica y de la salud física y mental. Mas, como quiera que todos estos bienes tienen una protección amplia en el Derecho penal, con independencia del precepto penal aquí examinado, parece obligado referirse a un bien jurídico protegido más específico, como puede ser la inviolabilidad de la persona como manifestación directa de la dignidad humana.

Llegados a este punto, es preciso hacer referencia a las conductas objetivamente típicas de esta figura penal. A este respecto, se cita por la doctrina la STEDH de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra Reino Unido), en la que se trató de señalar la diferencia entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, incluyendo entre estos últimos el hecho de mantener encapuchados a los detenidos excepto en los interrogatorios, hacerles permanecer continuamente contra una pared en una postura distorsionada y dolorosa por periodos que se prolongaban varias horas, someterles a un ruido monótono y continuo, no consentirles dormir, e imponerles una dieta consistente en una rebanada de pan y una pinta de agua cada seis horas. Por su parte, en el ámbito militar, se destaca también como manifestaciones de estas conductas típicas, el hecho de cortar al rape el pelo de una persona, ensuciar su cuerpo con inmundicias, hacerle comer excrementos, vestir ropa ridícula, acosar un pequeño grupo de personas a un compañero apocado. No cabe la menor duda de que alguna de estas conductas puede darse -a veces con relativa frecuencia- en la convivencia entre particulares. Algún autor pone de manifiesto también que este precepto penal castiga comportamientos como las novatadas propias de colectivos cerrados (colegios, cuarteles, etc.), tales como obligar a una persona a desnudarse en público, o a masturbarse en presencia de terceros, o a

atentar contra sus propios valores ideológico, morales o religiosos. En definitiva, en todos los casos, se trata de conductas en las que destacan las notas de humillación o envilecimiento que, en suma, vienen a suponer la reducción de la víctima a la categoría de cosa.

El hecho de obligar a despojarse de toda su ropa a una persona no acostumbrada a ello, como suele ser lo habitual y aquí nada consta en contrario, constituye en sí mismo una conducta especialmente vejatoria para la víctima, al quedar completamente desnuda ante el acusado y la menor que le acompañaba, así como ante su propio amigo. Pero, además, en el presente caso, Darío se vio privado de sus prendas -dado que se las llevó el acusado en su vehículo-, abandonado en un descampado, sin otra compañía que la de un menor, a una distancia de la ciudad que no sería pequeña, dado el tiempo que duró el trayecto recorrido por el vehículo en el que fue obligado a montar (veinte minutos). Sólo la existencia de una fábrica en las proximidades (v. FJ 1º, E) podía constituir un referente de posible ayuda, como, al final, ocurrió, siendo hallados por la policía la víctima y su amigo en el punto kilométrico 88 de la autopista C-33, dirección Barcelona, cuando se dirigían a esta capital, habiendo podido cubrirse Darío con el boxer que le prestó el amigo que le acompañaba y con la ropa vieja y unos zapatos que "le proporcionaron" -presumiblemente, dadas las circunstancias descritas, pues nada se concreta en la sentencia- personas de la fábrica ubicada en las proximidades del lugar donde fue abandonado.

A la vista de todo lo expuesto, es preciso concluir que la conducta del acusado, al obligar a la víctima a despojarse de sus ropas, que luego él recogió y se llevó, dejando a la víctima completamente desnuda en el descampado al que se ha hecho referencia, en el contexto ya examinado, constituye una vejación grave de su dignidad personal, encaminada a doblegar la voluntad del sujeto paciente, para que rompiese la relación sentimental que mantenía con una hermana del acusado; en suma, pues, dicho comportamiento supone un trato degradante, que hubo de humillar a la víctima y causarle un indudable sufrimiento psíquico, con entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de un delito contra la integridad moral de la víctima, del art. 173 del CP, por implicar, sin la menor duda, un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima.

vi- SENTENCIA DEL TS DE 26 DE OCTUBRE DE 2009.

Esta Sala ha declarado (STS 957/2008) que el testigo, ya condenado o no en otro proceso, que declara (contando 16 ó 17 años de edad) por lo tanto, sobre circunstancias

que afectan la posible responsabilidad de su madre, está amparado por la misma dispensa que establece el art. 416 LECr. de la misma forma que cualquier otra persona que deba declarar sobre circunstancias percibidas por sus sentidos y que pueden ser utilizadas en contra de un acusado con el que está unido por una relación de parentesco prevista en el art. 416 de la LECr. Pero también hemos dicho (Cfr. STS nº 625/2007, de 12 de Julio) que la Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECr., que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Y más concretamente tratándose de testigos hemos indicado (STS 662/2001), que, cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculcado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad acordada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. Por otra parte, el Tribunal Constitucional (Cfr. SSTC , nº 41/2003; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002, de 22 de julio, FJ 17; 209/2001, de 22 de octubre, FFJJ 5 y 6; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 3) con relación a la admisibilidad del testigo de referencia, admite como tal supuesto excepcional, el caso en el que la víctima es una niña de corta edad, incapacitada para declarar por falta de discernimiento (art. 417.3 LECr.). De ello cabe concluir que no siempre la inobservancia del deber judicial de advertencia contenido en el art. 416.1, párrafo segundo LECr. que si existe es en beneficio de la capacidad de determinación del testigo, y no en beneficio del procesado tiene consecuencias negativas sobre la validez de la declaración, o que no siempre ese deber es reconocible en determinados supuestos como el de autos.

El delito del artículo 173 CP representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido. Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante"), y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral"). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de

humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral". La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante" que, en cierta opinión doctrinal parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello. De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado, se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana. El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º del CP. Por su parte la STS de 30-6-2005, nº 889/2005, nos dice que este delito, que también puede tener encaje en el artículo 15 de la Constitución, cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de las personas, tiene un valor autónomo que le hace compatible con otros delitos que podríamos llamar principales como son el de detención ilegal y el de lesiones. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993, y las de esta Sala 2ª de 8 de mayo de 2002 y 5 de julio de 2003.

vii- SENTENCIA DEL TS DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010.

Es doctrina de la Sala Segunda del TS, como es exponente la Sentencia 487/1997, de 7 de abril, que entre los diferentes criterios que se tienen en cuenta para la clasificación de las figuras delictivas uno se fija en la relación existente entre la acción y el objeto de la acción, y ello da lugar a la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad. Los delitos de resultado presuponen en el tipo la producción en el objeto de la

acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio-temporalmente. Por el contrario, en los delitos de actividad el tipo de injusto se agota en una acción del sujeto, sin que deba producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente. Y aplicando la distinción expuesta al delito que nos ocupa, fluye sin dificultad su conceptualización como delito de resultado. La conducta típica exige que los actos del sujeto estén dirigidos y determinados a doblegar la autodeterminación del sujeto pasivo y en consecuencia su libertad de acción.

viii- SENTENCIA EL TS DE 27 DE ENERO DE 2011.

La jurisprudencia, aún habiendo reconocido las dificultades de interpretación que presenta el artículo 173.1 del Código Penal (STS nº 2101/2001), ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflinja a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998 , "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral". (STS nº 1061/2009, de 26 de octubre). Como elementos de este delito se han señalado (STS nº 233/2009, de 3 de marzo): "a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito".

Como resultado, exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad. En este sentido el TC ha señalado en la STC nº 120/1990, de 27 de junio , que el artículo 15 de la Constitución garantiza "el derecho a la integridad física y moral. Mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular".

La jurisprudencia ha admitido la autonomía del delito contra la integridad moral respecto de otras infracciones con las que puede concurrir. Alguna sentencia, como la 2101/2001 , antes citada y mencionada por la recurrente en el motivo, descarta la aplicación del artículo 173 al entender que se trataba de hechos que suponían solamente una mayor gravedad de otros hechos constitutivos de otros delitos, a los que se debería aplicar la correspondiente agravación, con las debidas repercusiones en la individualización de la pena. Es decir, que un atentado contra la integridad moral

cometido durante la ejecución de otro delito, no debería penarse separadamente sino considerarse como agravación del delito principal.

Pero, tal como recuerda la STS nº 137/2008, de 18 de febrero , "En la sentencia núm. 38/2007 ya dijimos: "..La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos".

ix-SENTENCIA DEL TS DE 6 DE ABRIL DE 2011.

La jurisprudencia, aún habiendo reconocido las dificultades de interpretación que presenta el artículo 173.1 del Código Penal (STS nº 2101/2001), ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflinja a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridades susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral". (STS nº 1061/2009, de 26 de octubre). Como elementos de este delito se han señalado (STS nº 233/2009, de 3 de marzo): "a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito".

Como resultado, exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad.

Por otra parte también advertimos allí que: La jurisprudencia ha admitido la autonomía del delito contra la integridad moral respecto de otras infracciones con las que puede concurrir.

Al respecto, y aún teniendo en cuenta lo dicho en alguna Sentencia como la 2101/2001 , tal como recuerda la STS nº 137/2008, de 18 de febrero : "En las entencia núm. 38/2007 ya dijimos: "..La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos".

Pues bien, la lectura del hecho probado no da cuenta que, en relación a D. Arsenio y D. Samuel se llevase a cabo por los acusados actos concretos de los que pueda predicarse la trascendencia respecto del específico bien jurídico libertad e incluso su salud psíquica. El padecimiento físico o psíquico no es necesariamente vejatorio. Por ello, la imputación del delito que se proclama en la fundamentación jurídica debería haberse hecho preceder de una diferenciada descripción de los actos de contenido vejatorio y humillante en relación concreta a esas dos personas.

Y hemos de convenir con el recurrente que, al no darse tal específica identificación de actos de tal naturaleza, debe excluirse la condena por el delito del artículo 173.1 en esos dos casos.

x-SENTENCIA DEL TS DE 29 DE MARZO DE 2012.

Es de sobra conocida la capacidad enervante del testimonio de la víctima frente al derecho a la presunción de inocencia, y esta Sala ha tenido a bien alertar a los tribunales de instancia para que sean cuidadosos en la valoración de la prueba testimonial de cargo, analizando las distintas declaraciones del perjudicado desde la perspectiva subjetiva y objetiva, así como las corroboraciones posibles con que pudiera reforzarse dicho testimonio. No aparecen o se detectan móviles espurios en el ofendido, siendo su relación con el recurrente, al que antes conocía, bastante buena, circunstancia que también fue aceptada por este último al descartar cualquier motivo de odio,

venganza o resentimiento contra él. Su denuncia no obedeció a finalidades torcidas y el denunciante conservaba, según dictamen pericial, plena lucidez para declarar, a pesar de su adicción a las drogas. Desde una óptica objetiva la comisión de los hechos delictivos al recurrente atribuida fue relevante, con aportaciones causales al hecho decisivo, como se razona y explica ampliamente en el fundamento jurídico segundo, al que nos remitimos. El testimonio de la víctima, ya desde una perspectiva subjetiva, es perfectamente creíble, a pesar de las aparentes o secundarias contradicciones existentes que el Tribunal sentenciador halla dentro de las normales discordancias de los distintos testimonios prestados en la causa, en los que en algún caso puede olvidar detalles o venirle a la memoria otros, ya que el transcurso del tiempo y la situación estresante vivida por el testigo pudo influir en la precisión de ciertos aspectos de la declaración. De ahí que, la persistencia en la declaración no significa que, en todo caso, las declaraciones sean siempre reproducción exacta de las anteriormente prestadas.

A su vez como revela la importante sentencia de esta Sala nº 233/2009 de 3 de marzo en la que se viene a desarrollar los ataques que usualmente acuden al foro y se dirigen a humillar y envilecer al sujeto pasivo del delito, este supuesto no sería de aquéllos que se subsumen en el art. 173.1 del Código Penal. Tales conductas suelen guardar relación con los comportamientos abusivos de autoridades con sus subordinados o de los agentes de la autoridad con los ciudadanos en general y especialmente en el ámbito de la violencia doméstica. Sin embargo, las hipótesis que normalmente se acomodan a tal tipo delictivo no se agotan en el ámbito policial, sino que se repiten en las actuaciones referidas a personas recluidas en centros penitenciarios. Son igualmente frecuentes en el ámbito militar, o en colectivos cerrados, mediante las denominadas "novatadas", etc.

Teniendo como bien jurídico protegido la dignidad de la persona humana (art. 15 de la CE), con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa "cosificarlo", circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana. El análisis de la conducta o actos desplegados frente al detenido que les sustrajo la droga se diversificaron en agresiones de dos tipos:

a) Físicas. Esposado el detenido con grilletes y atado a una silla durante tres o cuatro horas fue golpeado brutalmente con la culata de una pistola, con una porra extensible, con puñetazos, sufrió asimismo descargas eléctricas.

b) Psíquicas: Amenazas de cortarles los dedos del pie con un cuchillo.

Es indudable que los crueles y duros ataques al cuerpo y a la psique del detenido con intención de causar el máximo daño, hasta el punto de obligarle a confesar y restituir parte de la droga sustraída, constituyen una verdadera tortura para el detenido, creando en el mismo un sentimiento de angustia e inferioridad susceptible de humillarle y envilecerle, intentando de ese modo quebrar su resistencia física y moral. Los

acusados trataron al sujeto pasivo como un objeto, lo que constituye un ataque contra la integridad moral de indudable gravedad.

El propósito que pudiera guiar a los recurrentes resulta indiferente si objetivamente llevaron a cabo actos capaces de humillar y envilecer al ofendido. El motivo no puede prosperar.

xi-SENTENCIA DEL TS DE 2 DE ABRIL DE 2013.

Con respecto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo viene definiendo como aquellos tratos que pueden "crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral" (SSTEDH de Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978; caso Soering, c. Reino Unido de 7 de julio de 1989; caso Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992; caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001). Resulta, pues, relevante la creación en la víctima de una situación de envilecimiento y de humillación, y también la susceptibilidad de doblegar la resistencia física y moral de las víctimas. En estos casos se considera que concurre una violación del art. 3 del Convenio Europeo, que dice: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

El Tribunal Constitucional afirma al respecto que los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE (torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes) se caracterizan por la irrogación de "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente" (SSTC 120/1990, de 27 de junio; 57/1994, de 28 de febrero; 196/2006, de 3 de julio; y 34/2008, de 25 de febrero). Cada tipo de conducta prohibida se distingue por "la diferente intensidad del sufrimiento causado" en "una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante" (SSTC 137/1990, de 19 de julio; 215/1994, de 14 de julio; y 34/2008, de 25 de febrero), para cuya apreciación ha de concurrir "un umbral mínimo de severidad" (conforme a la SSTEDH caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982; y caso Castello-Roberts c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1993). Tales conductas constituyen un atentado "frontal y radical" a la dignidad humana, "bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" (STC 181/2004, de 2 de noviembre).

En cuanto al bien jurídico de la integridad moral que ha de ser menoscabado gravemente, la doctrina viene conceptuándolo como el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa "cosificarlo", circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana. La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda de que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica propia, autónoma e independiente de aquellos derechos; y tan evidente es así que los arts. 173 y 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes y las producidas a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos (SSTS 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3).

De todas formas, no cabe identificar la integridad moral con la dignidad humana ni considerar esta como el bien jurídico que autonomiza el tipo penal del art. 173. Pues, como tiene reiterado la doctrina, la dignidad humana, más que un bien jurídico diferenciado, constituye una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales. Por lo tanto, opera como un principio regulativo que funcionaliza a todos y a cada uno de los derechos fundamentales, constituyendo el núcleo o punto de referencia del que fluyen todos ellos.

En cuanto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia de esta Sala acoge el concepto establecido por el TEDH anteriormente reseñado, ya que lo define como aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral" (SSTS 1061/2009, de 26-10 ; 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3 , entre otras).

Por último, como elementos de este delito se han señalado los siguientes: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por

el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad (SSTS 233/2009, de 3-3; 1061/2009, de 26-10 ; y 255/2011, de 6-4).

A este respecto, el TEDH establece en reiteradas sentencias que para sopesar la gravedad de un hecho susceptible de violar el art. 3 del Convenio Europeo ha de 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 " (SSTEDH caso Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978; caso Tyrer c. el Reino Unido, de 25 de abril de 1978; caso Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989 ; caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982; caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001; caso Mouisel c. Francia, de 14 de noviembre de 2002; y caso Gennadi Naoumenko c. Ucrania, de 10 de febrero de 2004).

Al aplicar esos parámetros sobre la gravedad de los actos degradantes al supuesto que se juzga, resulta claro que se cumplimentan algunos de ellos. En efecto, la duración de los malos tratos por parte de Eulalio sobre las víctimas que tenía subordinadas se extendió por un periodo de tiempo que abarca desde el año 2002 hasta octubre del 2006, según se recoge en la sentencia recurrida. Además, el sexo femenino de las víctimas tuvo, como alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, una influencia importante en la conducta atentatoria de su superior, a tenor de las palabras que profería contra ellas y de algunos improperios que les dirigía con un contenido y un tono con connotaciones claramente "machistas". Y por último, sobre la gravedad de los efectos generados por las vejaciones verbales y gestuales del referido acusado tampoco cabe albergar duda alguna, toda vez que les ocasionó lesiones psíquicas que tardaron en curar periodos de 386 días, 64 días y 122 días, teniendo que recibir tratamiento médico psiquiátrico para curar los padecimientos psíquicos que habían sufrido como consecuencia de los actos reiterados de su superior.

En cuanto a la naturaleza y enjundia de los actos ejecutados contra las denunciantes, el Tribunal sentenciador, según ya se anticipó, se refirió al trabajo que realizaban diciéndoles que daban "pérdidas", que eran ineptas o inútiles, enmarcándose todo ello con respecto al rendimiento del trabajo que realizaban en la Unidad Administrativa las denunciantes, profiriendo para ello gritos en público de forma reiterada y en un tono y sentido vejatorio. Destacó la Audiencia las expresiones humillantes proferidas por Eulalio relativas al aspecto físico, inquirendo a una denunciante para que se pintara, o para atribuir lo que consideraba falta de acierto en el trabajo a que "venía de follar con el nota". Igualmente descalificaba el trabajo de las agentes policiales en público profiriendo gritos, y reaccionaba airadamente con amago de usar la violencia ante el disgusto de lo que pudiera escuchar o hacer alguna agente

policial. Las amenazaba repetidamente con revelar el expediente personal de las denunciadas o de echarlas a la calle. Todas estas conductas en su conjunto, dice el Tribunal sentenciador, se prolongaron en el tiempo, con un persistente clima de tensión y sostenida hostilidad, que propiciaron temor en las denunciadas al sufrir humillaciones de modo reiterado. También se dice en la sentencia que de manera sistemática y continuada en el tiempo las agentes policiales denunciadas sufrieron la conducta del acusado Eulalio, quien, con desprecio, les decía que eran "unas pérdidas" por, a su juicio, falta de rendimiento en el trabajo, llamándolas "¡archivo, archivo!" a algunas de ellas en atención al lugar a que fueron destinadas a partir de mayo de 2006, de forma que a través de sus improperios acababa cosificándolas. Y en algunas ocasiones se dirigió a gritos a Tomasa cuando descolgaba el teléfono para hablar con su hermana, recriminándole las llamadas que realizaba, a sabiendas de que tenía una hermana con cáncer terminal.

Tanto la extensión de estos actos en el tiempo, como su claro contenido vejatorio y humillante, así como los graves efectos que generaron en la salud psíquica de las víctimas, a tenor de las lesiones referidas, permiten, vistos los criterios aplicados por el TEDH, hablar de malos tratos subsumibles en el concepto de trato degradante que genera un grave perjuicio en la integridad moral de las víctimas.

A este respecto, la jurisprudencia de esta Sala tiene afirmado que la expresión "trato degradante" parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello. Por lo que hace referencia al resultado, se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma, y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (SSTS 1061/2009, de 26-10; y 629/2010, de 10-10).

Así pues, atendiendo a lo que se ha venido razonando, es claro que concurren los elementos objetivos del tipo penal, habida cuenta que el acusado Eulalio ha venido realizando durante un periodo de varios años actos claramente vejatorios y humillantes para las víctimas que son catalogables, en contra de lo que sostiene la sentencia

recurrida, como actos degradantes que generan un perjuicio grave para la integridad moral. Tanto, como se ha dicho, desde la perspectiva de la reiteración como de su contenido y de sus efectos. Y es que ha generado en ellas sentimientos de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarlas y de quebrantar su resistencia física y moral.

Concurre así el desvalor de la acción: actos vejatorios reiterados que integran un trato degradante; y el del resultado: menoscabo grave de la integridad moral, al sufrir las víctimas sensaciones de dolor y sufrimiento psíquicos humillantes y envilecedores. Y es que conviene tener presente que para perpetrar los actos degradantes no se precisa siempre el uso de la fuerza física, sino que también cabe apreciarlos cuando se producen reproches continuos, comportamientos desconsiderados o uso de medios idóneos para producir angustia y temor.

En la sentencia recurrida se amortigua la gravedad de la conducta del acusado Eulalio con el argumento de que los actos, aisladamente considerados, integran solo faltas de injurias, amenazas o vejaciones injustas. Sin embargo, conviene resaltar que la reiteración de esas infracciones de carácter leve durante un extenso periodo de tiempo acaban adquiriendo el carácter de trato degradante, al generarse un cambio cualitativo de la conducta debido a su intensidad y a los graves efectos vejatorios y humillantes que producen en las víctimas, menoscabándoles así su integridad moral y materializándose incluso en unas lesiones psíquicas.

De otra parte, y en lo que respecta al elemento subjetivo, no cabe duda que se da en la conducta del acusado Eulalio el dolo del delito del art. 173.1 del C. Penal, pues era sabedor de que con sus malos tratos reiterados con palabras y gestos estaba vejando y humillando a sus subordinadas. Máxime si se pondera que también conocía que estaba ocasionándoles bajas laborales precisamente por padecimientos psíquicos que su trato degradante les generaba. Era consciente, pues, del alcance de sus actos denigratorios y los ejecutaba voluntariamente, pese a saber sus graves consecuencias.

En otro orden de cosas, no cabe admitir el aserto de la Audiencia de que se trata de una conducta que no era típica antes de penarse el acoso laboral por LO 5/2010, aduciendo que en el caso de punirla se vulneraría el principio de legalidad en su específica manifestación de prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable (art. 2.1 del CP). En contra de ello debe argüirse que, una vez que concurre un trato degradante que menoscaba gravemente la integridad moral de la víctima, ya nos hallamos ante el supuesto del art. 173.1 del C. Penal, sin precisar que se tipifique de forma específica el acoso laboral por la circunstancia de que la conducta se haya producido en el ámbito específico del trabajo. Es más, un sector de la doctrina se mostraba contrario a la tipificación específica del acoso laboral al considerar que la respuesta penal estaba suficientemente cubierta con los tipos penales vigentes contra la libertad y contra la integridad moral.

En cuanto a la continuidad delictiva de los delitos contra la integridad moral, también ya se dejó constancia de que el trato degradante aparece integrado por una

reiteración de actos insertables en la unidad típica de acción que prevé el art. 173.1 del texto punitivo, lo que excluye de por sí la figura del delito continuado.

En lo que se refiere a los tres delitos de lesiones psíquicas atribuidas al acusado, es claro que concurren en su conducta los elementos integrantes del art. 147.1 del C. Penal:

1) Una acción agresiva, configurada por el hecho de proferir el acusado unos malos tratos de palabra hacia sus subordinadas que las vejaba y humillaba, actos que se mostraban ex ante idóneos para menoscabar la salud psíquica de las víctimas.

2) Acción que, sin duda, fue ejecutada con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad de menoscabar la salud psíquica de las denunciadas, ya que, cuando menos, se da el supuesto del dolo eventual propio del delito de lesiones, esto es, conocimiento del elevado peligro concreto que la conducta del acusado tiene para la salud mental de las tres subordinadas afectadas, aceptando o asumiendo el acusado el resultado inferido.

3) Un resultado lesivo subsumible en el art. 147.1 del C. Penal, toda vez que las víctimas precisaron tratamiento psiquiátrico para su sanidad y estuvieron un tiempo incapacitadas para el trabajo, según se especificó supra.

4) Relación de causalidad natural entre las acciones agresoras y el resultado lesivo, ya que los padecimientos psíquicos se debieron a los actos degradantes ejecutados por el acusado.

5) Imputación objetiva del resultado a la conducta ilícita del acusado, puesto que esta generó un riesgo para el bien jurídico tutelado por la norma penal (la salud psíquica de las víctimas) que fue el que se vio materializado en el resultado.

xii-SENTENCIA DEL TS (SALA TERCERA), DE 16 DE FEBRERO DE 2011.

El asunto del acoso laboral o mobbing que no constituye una novedad en el ámbito de las relaciones laborales en cualquiera de sus manifestaciones, bien en la empresa o en la función pública, posee dos vertientes distintas de examen ya sea desde el punto de vista médico o jurídico, pero que, en último término, ambas necesariamente confluyen, de modo que han de coincidir las dos para que pueda afirmarse que existe en el caso concreto esa situación objetiva de acoso.

Desde esos dos puntos de vista se define el acoso laboral -mobbing- como aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a 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. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se trata de «aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo».

Se trata de un fenómeno laboral, muy antiguo aunque de reciente actualidad, que es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/2007 de 9 febrero , que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 de la Constitución española, y que en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial es calificado como un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Los mecanismos del mobbing admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones- y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero, en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado -que no colectivo- del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el «síndrome del quemado» (burn- out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos -objetivos y subjetivos- que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral. Pero en todo caso, los citados elementos del acoso permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio -abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales, pues en el primero se lesionan derechos fundamentales de la persona -básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales;

diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés - mal entendido- empresarial.

Esta Sala y Sección en Sentencia de diez de marzo de dos mil diez, recurso de casación núm. 2001/2009, se ha hecho eco de modo sustancial de esta definición del acoso laboral o mobbing tomándola de la Sentencia de instancia al afirmar que se define como tal una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática 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 finalmente que esta persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.

III-SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

i-SENTENCIA DE TSJ DE CATALUÑA. SALA DE LOS SOCIAL, DE 23 DE MAYO DE 2002.

La viabilidad de la justa causa de extinción de la relación laboral tipificada en el artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores exige una doble condición, que la empresa proceda a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo y que dicha alteración produzca un perjuicio en la formación profesional del trabajador o un menoscabo de su dignidad.

En el presente caso, y pese a la modificación no sustancial de la narración fáctica, queda acreditado que ninguno de ambos requisitos ha quedado demostrado se produjeran, antes al contrario, lo acreditado es que la recurrente gozaba en exclusiva de unos privilegios no justificados que la empresa se decide a eliminar en equiparación con el resto de la plantilla de comerciales. Por tanto, ni la modificación del horario ni el cambio de la cartera de clientes producen menoscabo alguno de la dignidad del trabajador dado que la empresa no ha acompañado tales medidas con actitudes o hechos que pudieran hacer sospechar, si quiera de forma indiciaria, la intención de menoscabar la dignidad de la recurrente. Frente a las modificaciones expresadas a la actora le cabía el derecho de impugnar las mismas vía jurisdiccional, lo que no realizó.

Tampoco se ha constatado la existencia de acoso alguno, pues las sanciones impuestas a la actora no han sido más que consecuencia de la facultad disciplinaria que

a la empresa otorga la ley, sin perjuicio de que aquéllas hayan sido dejadas sin efecto por la Jurisdicción Social, lo que en modo alguno implica que con su imposición la empresa persiguiera el acoso de la trabajadora.

ii-SENTENCIA DE TSJ DE CATALUÑA. SALA DE LOS SOCIAL, DE 11 DE JUNIO DE 2003.

Entendemos a la vista de los hechos probados, tanto por su construcción como por su contenido, y por los contenidos de hecho que se encuentran en la fundamentación de la sentencia sobre este particular, que no ha existido mobbing, calificación que ha de reservarse para los casos en que hay un acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y puesta en práctica con la intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral. No significa esto que la finalidad tenga que estar predeterminada, puede también establecerse y calificarse la situación cuando se encuadra la relación en unos parámetros de ataque, reproches y humillación repetida, deliberados, que aparentemente para el trabajador no resultan explicables. En este tipo de conductas incluso convive "el beneficio por acosar" con el sufrimiento de la víctima, pero esta calificación ha de obtenerse de elementos que puedan objetivarse, no basta la alegación y la constatación de algunas conductas. Han de ubicarse en el contexto, en el tiempo y analizar la sistematicidad de las mismas, su repetición, y su contenido, el dato de "victimización" no puede tomarse de forma aislada para establecer la existencia de la conducta. Hemos de ir por tanto a un análisis profundo sobre la concurrencia de los hechos que puedan llevar a concluir que tal situación es susceptible de ser calificada de acoso moral.

Lo dicho, no implica que no pueda haber ataques a la dignidad del trabajador. El mobbing lo es, pero pueden darse ataques a esa dignidad sin que éste llegue a darse. El presente caso es uno, en el que estimamos -a la vista de los hechos y razonamientos-, que aunque efectivamente como se dirá hay unos ataques a la dignidad de la trabajadora que se integran en los presupuestos del artículo 50, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores en relación al menoscabo de la dignidad -obligar a colocar la mesa y la pantalla del ordenador de una determinada forma para ser vista por el jefe, y los comentarios de inadecuación de la vestimenta-, unido al cambio de los contenidos laborales, no puede calificarse de mobbing, aunque indudablemente encaja en la previsión del artículo 50 a) del Estatuto.

Como se indica, el hecho de que no se califique la situación de acoso moral, no significa que no haya habido un ataque a la dignidad de la persona de la trabajadora y

un menoscabo de la misma que se enmarca en el contenido del artículo 50 a) del ET. Por ello en este caso, aunque la demandante efectivamente se encontrara muy afectada, debe insistirse en que los actos concretos de humillación, implican un ataque a la dignidad pero no justifican la consideración de acoso o mobbing. La sentencia es exhaustiva, pero analizando detenidamente los hechos declarados probados entendemos que no lo hay. No se desprende un acoso sistemático que ha de tener no solo la entidad -ello configura el ataque a la dignidad que implica el mobbing-, sino lo repetitivo. No es tan relevante el hecho de que haya informe psiquiátrico o psicológico, es un dato más, importante pero no determinante, ya que de contrario se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia, o afrontara de otro modo el mismo conflicto, de ahí que sea necesario deslindar la vivencia del trabajador, de las conductas y actos realizados por el empresario. La repetición, el contenido y la finalidad, nos han de dar los parámetros en cada concreto. En definitiva el elemento se sistematiza, la repetición, así como la finalidad perseguida son elementos importantes.

La impugnante se remite al informe psicológico, verdaderamente extenso, pero del espacio de tiempo que se refleja en el informe como situación vivida por la trabajadora, no puede integrar la calificación como hemos ya dicho. El informe no permite deducir una elaboración diagnóstica objetivable, pues esencialmente recoge las manifestaciones de la trabajadora, y sin dudar de su crítica situación, su estado depresivo y que desde luego haya vivido la situación con el malestar que manifiesta ese informe, y recoge la sentencia, no integra por sí la calificación que ésta hace. Dicho de otra manera el hecho de que haya una sintomatología depresiva, incluida una baja y un estrés son factores que pueden ser relevantes pero no determina la calificación, pues puede darse acoso sin ellos y puede no darse mediando un perjuicio para la salud.

iii-SENTENCIA DEL TSJ DEL PAIS VASCO. SALA DE LOS SOCIAL, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2003.

Siguiendo la Sentencia de 7 de marzo de 2003 (AS 20031137) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que realiza un minucioso e interesante estudio sobre esta materia, diremos que el acoso moral o «mobbing», expresión acuñada por el profesor de la Universidad de Estocolmo H. L., define una situación de hostigamiento que sufre un trabajador sobre el que se ejercen conductas de violencia psicológica de forma prolongada y que le conducen al extrañamiento social en el marco laboral, le causan enfermedades psicosomáticas y estados de ansiedad y, en ocasiones, provocan que abandone el empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido.

Los intentos de acotar el concepto de «mobbing» no han faltado. Pueden destacarse los tres que siguen:

a) El de su descubridor H. L., para quien se trata del fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona 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 finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.

b) El expuesto por la Comisión Europea, que en un intento de aquilatar el concepto definía el «mobbing» el 14 de mayo del 2001 como un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo o el efecto de hacerle el vacío.

c) Jurídicamente ha sido definido como presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral. Sus elementos son, pues, los siguientes:

1.Presión. Para que pueda hablarse 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. Esto obliga a descartar supuestos de roces laborales que por su nimiedad no pueden ser aquí incardinados. La presión requiere un comportamiento severo, con peso específico propio. No todas las situaciones que revelen un conflicto entre un trabajador y su superior jerárquico o entre trabajadores de igual categoría han de calificarse, sin más, como «mobbing»; es decir, no toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso moral, sin perjuicio, obviamente, de que tales prácticas abusivas encuentren respuesta a través de otras vías previstas legalmente. 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. El «mobbing» exige una víctima, un presionado, porque si éste no existe lo único que habrá será un comportamiento malintencionado por parte del sujeto activo, pero no una presión, lo que nos lleva a la cuestión del perjuicio causado al trabajador. Para que exista acoso moral ha de probarse que al trabajador se le han causado daños psíquicos, lo cual hace, en principio, imprescindible una pericial médica que acredite que el estado mental del trabajador es resultado directo del hostigamiento laboral al que ha sido sometido.

2.Laboral. La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se realiza en el lugar de trabajo, lo que implica que debe ser cometida por miembros de la empresa. El lugar de trabajo supone un límite geográfico para su comisión, y ello en

razón de que fuera de la empresa la persona tiene una mayor libertad, tanto de reacción como para su elusión; pero también porque fuera del ámbito de organización y dirección la capacidad de supervisión empresarial y reacción disminuye drásticamente.

3.Tendenciosa. Lo que significa que la presión laboral debe responder a un plan, explícito o implícito. Dicho plan requiere una permanencia en el tiempo; para que se pueda hablar de un comportamiento tendente a algo es necesario que se repita a lo largo de un período, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de «mobbing». Dicho plan también precisa una reiteración de comportamientos, pues una de las diferencias entre un simple conflicto laboral y el «mobbing» es que el primero es puntual y el segundo reiterado. La esencia del «mobbing», la tendenciosidad del comportamiento, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono o en su defecto la baja médica). Así, mientras en los supuestos de ejercicio arbitrario del poder empresarial lo que el empresario puede buscar a través de medios inadecuados es, por ejemplo, el mantenimiento de la empresa o la mejora de su competitividad en el mercado, en el acoso moral la finalidad o plan de la conducta empresarial es causar un daño, socavando la personalidad del trabajador: perjudicar su integridad psíquica, si el empresario es el sujeto activo del acoso, o desentenderse de su deber de protección si el acoso lo provoca un compañero de trabajo.

Los mecanismos de hostigamiento o presión a través de los cuales puede manifestarse el acoso moral son muy diversos pudiéndose destacar algunos recogidos en diversas sentencias que han estimado la existencia de acoso moral en el trabajo: medidas de aislamiento social, tales como impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con los clientes, no dirigirle la palabra, etc.; apartamiento del trabajador de sus funciones de mayor responsabilidad, encomendándole trabajos de inferior categoría, ordenándole tareas innecesarias, quitándole las personas que antes tenía a su cargo o elementos necesarios para su trabajo; medidas de ataque a la víctima, criticando y minusvalorando su trabajo ante otros compañeros, difundiendo rumores infundados sobre el trabajador o atribuyéndole errores que no ha cometido; agresiones físicas o verbales, tales como imitar al trabajador, burlarse de él, proferir insultos o críticas constantes de su vida personal o comentarios ofensivos a fin de ridiculizarlo en público, etcétera.

Pues bien, si aplicamos lo anteriormente señalado al presente supuesto, del desglose de hechos más arriba realizado resulta que nos encontramos ante una situación de enfrentamiento y de discordia entre el trabajador y la empresa en el que se entremezclan continuas denuncias y demandas dirigidas por el primero frente a actuaciones empresariales que estimaba contrarias a derecho pero que no siempre han sido objeto de reproche o condena judicial, puesto que ha habido resoluciones favorables a ambas partes. Así, mientras el demandante vio que prosperaron sus

denuncias o demandas (a) por abonos fuera de nómina que dejaron de realizarse y que motivaron actas de liquidación de cuotas por falta de cotización confirmadas judicialmente, (b) por dos sanciones con suspensión de empleo y sueldo que se revocaron judicialmente, (c) por denegación de vacaciones solicitadas que se acogieron judicialmente, y (d) por acoso en el trabajo que ha motivado acta de infracción con propuesta de multa de 12.020,25 euros para la empresa, debiendo hacerse la salvedad respecto a las anteriores que las vacaciones (c) se solicitaron a la empresa cuando el actor se encontraba en situación de IT, y que en relación al acoso en el trabajo (d) no consta la firmeza de la infracción apreciada con propuesta de multa, sometiéndose a debate la existencia del acoso en este pleito, diremos que, contrarrestando lo anterior, (1) las tres demandas en reclamación de salarios presentadas por el actor en enero y febrero de 2001 fueron desestimadas judicialmente, (2) la denuncia formulada por haberse efectuado el abono de la nómina de abril de 2002 mediante un cheque que resultó no tener fondos se archivó, y (3) la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo fue finalmente desistida por el trabajador.

Por otra parte, queda probado que el demandante permaneció en situación de incapacidad temporal durante tres períodos con diagnósticos de astenia psicofísica, lumbalgia y proceso depresivo exógeno secundario a problema laboral, procesos que fueron atribuidos a contingencia de enfermedad común y que no impidieron que durante los mismos el afectado continuara desarrollando labores de captación de pólizas para Correduría de Seguros Navarra S.L. para la que prestaba servicios paralelamente.

Así las cosas, y sin ignorar que se llegaron a dar situaciones realmente graves, como el pago de la nómina mediante un cheque sin fondos y la no asignación de ocupación alguna cuando en febrero de 2002 el actor se reincorporó al trabajo después de una baja médica, teniendo en cuenta que la denuncia formulada a raíz del primero de esos hechos se archivó, y que la falta de ocupación tuvo una duración máxima de dos a tres meses (a finales del mes de abril de 2002 la empresa le comunicó la forma en que pasaría a desarrollar su trabajo, a lo que siguió la demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo de la que se desistió), valorados dentro del conjunto de actuaciones anteriores, de la globalidad debemos deducir la inexistencia del acoso moral o mobbing denunciado, sin que pueda apreciarse la existencia de una presión laboral tendenciosa por parte de la empresa causante de un daño psicológico y dirigida a obtener el abandono de su puesto de trabajo por el demandante. En consecuencia, ni procede estimar la demanda de extinción de la relación laboral al amparo del art. 50 del ET por acoso moral, ni puede prosperar la reclamación de indemnización de 35.000 euros por daños morales que tendría por base la aceptación de lo anterior.

iv-SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA. SALA DE LOSOCIAL, DE 3 DE DICIEMBRE DE 2003.

La situación de acoso moral (también denominada "mobbing"), es aquella en la que se somete al trabajador a un trato degradante, conculcándose su derecho a la integridad moral vulnerando el artículo 15 de nuestra Constitución, infringiéndose también en tal caso el artículo 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores que consagra el derecho de estos a recibir la consideración debida a su dignidad.

La expresión indemnización de daños y perjuicios permite referirla tanto al daño patrimonial como al moral, daño que como señala la sentencia del TS de 25 de Junio de 1984 "está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, siendo este resarcible" gracias a la beneficiosa irrupción de la ética en el campo de las relaciones jurídicas" (STS 9 de Mayo de 1984).

Para que la obligación de indemnizar sea exigible es imprescindible que exista una actuación empresarial ilegítima que pueda valorarse en el Orden Social de la Jurisdicción por haberse desarrollado en el ámbito del contrato de trabajo. En este caso la recurrente atribuye, como se ha dicho antes, una actuación a la empresa de acoso moral en razón a los cambios de lugar de prestación de servicios, puesto de trabajo asignado y modificaciones en las tareas realizadas.

Al respecto ha de señalarse que es cierto que la trabajadora ha prestado servicios primero en Cornellá después en El Prat y nuevamente en Cornellá pero no existe la menor evidencia de que estos cambios hayan sido realizados con el propósito de perturbarla pues en todos los casos fueron consentidos sin protesta por la demandante, las localidades mencionadas está muy próxima y el último cambio responde a la lógica más elemental pues la trabajadora reside precisamente en Cornellá y la que ocupó su sitio en El Prat. En cuanto al despacho asignado para realizar su trabajo si bien se encuentra en una planta semisótano se declara probado que cuenta con una ventana al exterior con silla, mesa y teléfono y lo que es más importante que en la misma planta y con idénticas condiciones están los despachos de los abogados y del gabinete de atención psicológica. En cuanto a la función encomendada de responder al teléfono esta es la que corresponde a su categoría profesional de telefonista aunque con anterioridad se hubiera realizado alguna otra relacionada con su categoría como la de dar hora para las consultas de los abogados. Finalmente se alega conducta discriminatoria porque nadie ocupaba su despacho cuándo estaba de baja y sus sustitutas realizaban la función de telefonista desde la recepción del local. No existe ninguna razón que permita afirmar que el hecho de que la demandante tuviera asignado un despacho propio y sus sustitutas no, sea un indicio de trato discriminatorio destinado a humillar o trastornar a la recurrente. Las bajas laborales que dieron lugar a situaciones de Incapacidad Temporal fueron hasta Mayo de 2001 por razones físicas no por trastorno psicológico, no es sino a partir de la fecha indicada cuando inicia una situación de incapacidad temporal en la que

consta como diagnóstico "estudio neuropsicológico" situación que culmina en la declaración de incapacidad permanente absoluta por sentencia judicial en la que figuran descritas las lesiones que padece "fibromialgia, trastorno depresivo distímico con gnosis importante, lumbalgia, gonartrosis con radiculopatía bilateral en las dos extremidades inferiores, espondiloartrosis con protusión discal cerebral". No existe por lo que se viene razonando evidencia alguna de que haya existido en este caso actuación dolosa ni culposa de la demandada ni atentado a su honor, intimidad, dignidad, ni al principio de igualdad por haber recibido trato discriminatorio, ni puede establecerse una relación lógica entre los padecimientos físicos y psicológicos o morales que padece la trabajadora y la actuación empresarial en la que no se observa indicio alguno de acoso moral. Es por ello que no puede acordarse indemnización alguna pues no hay ilícito laboral del cual resulte un resultado dañoso indemnizable lo que ha de determinar la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

v-SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA, SALA DE LO SOCIAL, DE 28 DE ENERO DE 2004.

La razón y fundamento que alega la recurrente para instar la nulidad solicitada es el tipo de acción ejercitada en la demanda: la rescisión del contrato en base al art 50 a y c del ET, al sostener que se trata de una demanda de acoso moral en el trabajo, y que como tal vulnera el derecho a la integridad moral y a la interdicción de tratos inhumanos y degradantes consagrados en el art 15 de la CE, y que en concreto en el ámbito de del derecho laboral contradice el derecho a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad de todo trabajador que recoge el art 4,2 del ET; siendo el procedimiento a seguir, en el presente supuesto el previsto en los arts. 175 y siguientes de la LPL, por así disponerlo expresamente el art 181 de la citada ley.

En sede jurídica, y con amparo procesal en el art 191 c de la LPL, denuncia el recurrente infracción por interpretación errónea del art 50 a y c del ET, al sostener que en el caso que nos ocupa concurren los requisitos que definen el acoso moral en el trabajo. Sostiene la recurrente la existencia de un trato discriminatorio, en cuanto al horario con relación a los restantes trabajadores del centro, lo que menoscaba la dignidad de la trabajadora afectada, así como un cambio arbitrario en las condiciones de trabajo que desempeñaba, y que supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y por tanto causa justa de extinción del contrato de trabajo al amparo del art 50, del ET, lo que junto con el hecho de la numerosas sanciones impuestas por la empresa, y que fueron dejadas sin efecto en vía judicial, constituye, a juicio dela empresa, junto con los otros cambios injustificados señalados en las condiciones de trabajo una conducta abusiva por parte de la empresa a la que se somete a la trabajadora

en el ámbito laboral, en cuanto que lesionan la dignidad o integridad psíquica del trabajador, degradando sus condiciones de trabajo y que es constitutivo de acoso moral o mobbing.

La censura jurídica que se denuncia no puede admitirse, por cuanto que permaneciendo inalterado relato de hechos probados ha de confirmarse la conclusión a la que llegó la juzgadora de instancia en cuanto a que descartó la concurrencia de indicios de acoso moral o mobbing, por no existir prueba alguna de la que pueda evidenciarse sus características definidoras, diferenciando de este modo el acoso moral de las tensiones que en el seno de la empresa puedan suscitarse por un conflicto entre personas, aún considerando como a tal efecto sostiene el recurrente los hechos declarados probados conjuntamente considerados para acreditar la existencia de mobbing, partiendo de la imputación temporal de los mismos, fijando para ello el despido de la trabajadora y su posterior readmisión el 8-2-02.

Sostiene la recurrente en cuanto a las sanciones impuestas por la empresa a las que se refieren los hechos 4 a 9 de prueba, que hay que encuadrarlo junto con los anteriormente señalados dentro de la conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete a la trabajadora dentro del ámbito laboral, en cuanto que lesionan la dignidad o integridad psíquica de la trabajadora y si bien tal hecho que se denuncia pudiera ser cierto sino que por que la propia recurrente omite cual fue su propio comportamiento frente a la empresa en el cumplimiento de sus obligaciones, ya que han resultado probadas todas las imputaciones que constituyeron la causa real de las sanciones, aun cuando judicialmente se han considerado improcedentes, conductas bajo las cuales hay que analizar el comportamiento de la empresa, que la empresa de este modo ha acreditado las razones que dieron lugar a la medida adoptada respecto de la demandante en aras a la facultad disciplinaria que le es competente y de los que no resulta la existencia del acoso moral que se denuncia.

Y lo mismo en cuanto a las cartas remitidas a la Inspección médica por parte de la empresa, para el control de la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba la actora y que según la recurrente tal comportamiento lesiona la dignidad de la trabajadora y que en buena medida ha contribuido al estado psicológico actual de dicha trabajadora, por cuanto que ello obedece a la distintas ocasiones en las que la actora no asistió al trabajo, presentando con posterioridad justificante después de acudir al médico, así como que en varias ocasiones la empresa tuvo que remitir cartas a la trabajadora señalando que el acudir al médico no justificaba la ausencia toda la jornada.

En definitiva, lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que analizada la conducta de la empresa en relación con los hechos que se denuncian, en relación con la intervención de la actora, a tenor de los hechos que se constatan por la juzgadora de instancia en la narración fáctica, que no queda acreditado el hostigamiento psicológico al que se dice sometida por parte de la empresa, sino una situación de conflictos que se producen en el seno de la misma, que abarca también a las relaciones con sus

compañeros de trabajo, pero que no se acredita que tal actitud de hostigamiento sea provocada por la demandada, ni por otra parte, constitutiva de un incumplimiento contractual que justifique la rescisión del contrato solicitada; y al haberlo entendido así la magistrada de instancia su resolución no infringe los preceptos legales que se denuncian de contrario, por lo que previa desestimación del recurso procede confirmar la resolución recurrida.

vi-SENTENCIA DEL TSJ, SALA DE LO SOCIAL, DE 5 DE ABRIL 2004.

El empresario entregó el cartel al trabajador, este último lo pegó en una pieza de madera y lo colocó en la entrada del taller donde realizaba su función. Así permaneció allí durante cinco años, estando en la actualidad descolorido e ilegible.-; sea sustituido por el texto de propia apreciación: "El empresario entregó un cartel al trabajador que decía; prohibido hablar con el responsable del taller... Éste último lo pegó en una pieza de madera y lo colocó a la entrada del taller donde realizaba su función".

El actor ha tenido varias bajas médicas, una por accidente de trabajo en otoño 2.001 y otra que inició el 19 de abril de 2.002 por enfermedad común, con el diagnóstico de ansiedad (PCI) del que no consta en alta. Durante éste tiempo no se ha personado directamente en la empresa, llevando los partes de confirmación otra persona, sin que firmase las nóminas. La empresa ante la falta de firma de las nóminas dejó de abonar la prestación que llevaba a cabo en virtud de su obligación de colaboración con la Seguridad Social, el actor denunció los hechos a la Inspección quien giró visita a la empresa y ésta reanudo los pagos." Se ha sustituido por el que propone: "El actor ha tenido 3 bajas médicas en 7 años de relación laboral con la demandada, una por accidente de trabajo en 1996 por aplastamiento de los dedos del pie por no llevar botas de seguridad que la empresa se negó a comprar, y que se camufló como accidente doméstico, alegando la empresa ignorancia de la LPRL, otra en octubre de 2001 por un pinzamiento cervical. Durante este periodo de baja la empresa le exigía la prestación de servicios, a lo que él se negó, acentuándose como consecuencia de ello el hostigamiento a través de insultos, amenazas, etc., según puso de manifiesto el testigo Carlos Manuel . Y la tercera en abril de 2002 con diagnóstico psiquiátrico y psicológico de "Episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos. Reacción depresiva prolongada. Trastorno ansioso de la personalidad". Con causa, según los especialistas que le atiende, en su relación con el jefe. Proceso de incapacidad temporal en el que a fecha de septiembre de 2003 continúa. La empresa, que comenzó el abono del pago delegado de la prestación, a través de ingresos en cuenta bancaria, dejó de hacerlo y no lo reanudó hasta que la Inspección de Trabajo le requirió a ello". En el plano jurídico de derecho positivo, acusa la infracción de los artículos: 10, 15 y 18.1 de la Constitución Española, en relación con

los 4.2.c).d).e) y f) y 50 del Estatuto de los Trabajadores, 217.2 y 32 E.C., 385 y 386 de la misma Ley de Procedimiento Laboral, 14 y 22 Ley de Prevención de Riesgos Laborales y 37.3 de su Reglamento y 20 Estatuto de los Trabajadores Y 97.2 Ley de Procedimiento Laboral; por su no aplicación positiva para declarar la resolución del contrato laboral por vulneración de derechos fundamentales por acoso moral en el trabajo con efectos de despido improcedente e indemnización adicional por daños y perjuicios. De los H.D.P. en instancia, que han de ser tenidos por ciertos, dado lo antecedente, no se evidencian actos, conductas, comportamientos o proceder de la patronal, sus gestores, mandos superiores o compañeros de trabajo, que sean causalizadores de acoso moral, mobbing; y consecuentemente, conforme analiza detalladamente el Juzgador a quo, en razonamientos que son de aceptar, por su pormenorizado y lógico análisis al valorar los antecedentes históricos, repetimos que inalterados, no es posible tipificar las relaciones empresa-trabajador como causalizadores y constitutivas del acoso moral postulado; si bien respetando la discrepancia del actor y recurrente, en uso de su legítimo derecho de defensa.

vii-SENTENCIA DEL TSJ, SALA DE LO SOCIAL, DE ONCE DE JULIO DE 2005.

El incumplimiento por parte de la empresa del deber de dar ocupación efectiva a la trabajadora es algo que aparece constatado, pero no por ello hemos de entender que tal proceder empresarial tenga que identificarse como una conducta constitutiva en sí misma de lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que es, en definitiva, lo único que se discute en este proceso.

Recordamos al hilo de la citada infracción del artículo 4.2 a) del Estatuto de los Trabajadores que la demanda con la que principia el presente proceso contenía una doble pretensión: la solicitud de declaración de extinción de la relación laboral por incumplimiento empresarial grave (artículo 50.c del Estatuto de los Trabajadores) y la solicitud de reconocimiento sobre la existencia de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. Posteriormente, se desistió de la petición primeramente indicada, persistiendo sólo la segunda, siendo ésta la que debemos examinar. Por tanto, sólo en el caso de poder apreciar que la indicada falta de ocupación guarda relación con alguna conducta empresarial discriminatoria por razón de sexo es cuando podría admitirse la infracción, por conexión con el artículo 14 de la Constitución Española, del precepto de referencia. Pero éste no es el caso y, en consecuencia, su vulneración a partir de la perspectiva indicada se rechaza. Podría en hipótesis haber sido distinta la conclusión en el supuesto de que la acción ejercitada hubiese sido la prevista en los apartados a) o c) del artículo 50 del Estatuto de los

Trabajadores, pero, al no ser así, nada cabe decir al respecto. Los tres motivos de suplicación que cierran el recurso son objeto de examen conjunto, por su relación. En el primero de ellos (el sexto) se invoca la existencia de infracción del artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 1 de la Directiva CEE 73/2002, y el artículo 80 Ley de Procedimiento Laboral, indicando que la citada norma comunitaria acuerda que todo trato desfavorable a las mujeres durante el embarazo, parto, lactancia y período posterior constituye discriminación por razón de sexo; así como que también constituye discriminación el acoso que implica un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito de atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio y hostil.

La característica sustancial del denominado "mobbing" es que constituye una forma de ataque a la dignidad del trabajador, a través de una conducta desplegada por un sujeto (empresario u otros trabajadores compañeros del ofendido) que se caracteriza por reiterar en el tiempo un acoso u hostigamiento a ese trabajador, mediante cualquier actuación vejatoria o intimidatoria de carácter injusto, con el propósito de lograr una finalidad consistente de modo específico en minar psicológicamente la resistencia del acosado, y lograr así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el hostigador. Por lo tanto, es preciso que decidamos si en este caso se dan tanto la conducta empresarial injusta como el propósito de aniquilamiento de la resistencia del trabajador a los que acabamos de hacer mención. De las conductas que se reprochan al empleador como constitutivas de acoso, en unos casos se ha comprobado que se trataba de condiciones laborales expresamente pedidas por la trabajadora (caso del horario laboral que tiene asignado), en otros no se han probado tales conductas (permanencia en el trabajo con la luz apagada y encerrada con llave, nexos entre la baja médica y las condiciones laborales), y en las dos únicas restantes (falta de ocupación efectiva y contratación de un trabajador mientras la recurrente estaba en excedencia por maternidad) no se aprecia que pueda hablarse de "mobbing", como vamos a ver seguidamente.

La recurrente apunta que la infracción del principio de igualdad que le afecta deriva del trato que le dispensa la empresa como consecuencia de haber pedido en su momento excedencia de un año por maternidad. Pero la realidad acreditada no nos permite apreciar la existencia de la lesión de los derechos tutelados en la Directiva 76/207. En principio de igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo que en la misma se protege -único de los aspectos de la misma que hipotéticamente cabe tomar en consideración, ya que nada consta sobre diferencias en el acceso al empleo, formación profesional o asociación laboral- no se ha vulnerado. A la Sra. Leticia no se le ha impuesto precisamente por ser mujer ninguna condición de trabajo peyorativa respecto a las que disfrutaban sus compañeros masculinos. La única diferencia que se ha constatado es la referida a que en el período comprendido entre el 9-3-04 y el 10-9-04 (con los paréntesis derivados de la baja médica de 25 de marzo a 5 de mayo, y por la de 30 de junio a 8 de septiembre) no se le dio ocupación efectiva, siendo la causa de este

proceder las diferencias surgidas entre la trabajadora y la empresa sobre el trabajo que aquélla debía llevar a cabo, que la empleadora ordenó fuese el relacionado con la actividad administrativa generada por el taller de chapa y la Sra. Leticia quería que fuese el mismo que desempeñaba antes del 8-3-03 (chapa, más otro distinto). Esta decisión empresarial no puede considerarse lesiva de ningún derecho de la trabajadora, puesto que entra dentro del marco de las facultades organizativas con que cuenta la empresa (artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores), pues, como se ha dicho, no está acreditado implicase la realización de trabajo de categoría inferior; y, en todo caso, de ser ése el supuesto, daría lugar al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 39.2 del Estatuto de los Trabajadores, de mera legalidad ordinaria, no a otros de tutela de derechos fundamentales, pues el indicado cambio de funciones no encierra la asignación de unas diferentes condiciones laborales por el específico hecho de la condición de mujer de la recurrente. Esta entiende que dicha vinculación se da por el mero hecho de que el cambio de funciones se ha producido tras su reincorporación laboral una vez terminada su excedencia por maternidad. Sin embargo, la protección por maternidad no se contempla en la Directiva 76/207 (de ahí que su artículo 2.7 acuerda que "La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y la maternidad", sino en la 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, definiendo su artículo 2 las tres situaciones objeto de protección, que abarcan el período temporal comprendido desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del período de lactancia establecido por la legislación interna española. Durante ese lapso de tiempo se establecen los derechos especificados en el artículo 11 de la Directiva de referencia, diferenciando según la situación en que se encuentra la mujer derive de las medidas de seguridad y salud laboral (evaluación de riesgos laborales, prohibición de exposición a determinados agentes, trabajo nocturno) o del disfrute de su permiso por maternidad. La recurrente no se encuentra en ninguna de estas situaciones. El derecho de reserva de su puesto de trabajo en el primer año de excedencia por maternidad no es una medida contemplada en la legislación comunitaria y, dentro de la española, ya se ha dicho que sólo supone el derecho a reclamar tal puesto cuando la reincorporación laboral se produzca en los 12 meses siguientes a la terminación del período de descanso maternal, lo que no es el caso, puesto que la reincorporación de la recurrente se produjo precisamente al terminar dicho período.

Por lo tanto, no podemos ver aquí ninguna lesión de derecho fundamental, y, tampoco, lógicamente, acceder a la indemnización que se reclama en función de la existencia de la misma, puesto que, en la hipótesis de entender que la falta de respeto de ese derecho de reserva implica "per se" un acto discriminatorio contra la mujer, tal lesión sólo hubiera podido durar el mismo tiempo durante el cual existiera el derecho a la reserva de puesto, que, volvemos a decir, ya había terminado cuando la Sra. Leticia se reincorporó.

viii-SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA, SALA DE LO SOCIAL, DE 10 DE MARZO DE 2010.

Coincidimos con el juzgador de instancia en la apreciación de que no existe una situación de acoso laboral en la persona del demandante. Según doctrina constante de este Tribunal (por todas, sentencia de 6 de junio de 2008, los derechos fundamentales y la dificultad probatoria de su vulneración en el marco de las amplias facultades directivas determinan la inversión de la carga de la prueba, y también, en la misma línea, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, lo que pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial.

Y son justamente la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. De ahí que, en los casos de la alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba. Sin embargo, y esto es lo determinante, para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de algún indicio que permita deducir la posibilidad de que aquélla -la vulneración constitucional- se haya producido, generando así una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario, pues, que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una vulneración de un derecho fundamental, sin que sea suficiente la mera afirmación de la vulneración. Además, ese indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, teniendo aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho, como aquellos que,

pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente como para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental.

Y en el caso que nos ocupa, no concurren indicios de que se hubiera adoptado por el empresario una decisión vulneradora del derecho a la integridad moral del recurrente, ni por ende la presencia de una situación de acoso moral. Siendo así, podríamos remitirnos al completo razonamiento desarrollado por el Magistrado de instancia (una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), por lo que resultaría suficiente con que este Tribunal se adhiriera a la decisión del órgano de menor rango sin aportar razonamientos propios, salvo que la causa de la suplicación sea el defecto de motivación. Sin embargo, en esta ocasión queremos recoger sucintamente lo que la recurrente toma como indicios y, mediante unas pinceladas, rechazar la postulada apariencia de una infracción, dado que únicamente consta (con trascendencia para el pleito) a lo largo de tres años: 1º) que el actor fue ubicado en el departamento de instalaciones en 2006, antes de que entrase a trabajar en la empresa la nueva directora financiera, por lo que dejó de ser convocado a las reuniones de temas relacionados con la contabilidad; 2º) en septiembre de 2007 la nueva directora financiera envía al actor un correo electrónico en el que se menciona que el actor boicotea constantemente las directrices implantadas, y otro en el que se indica que no incite a que envíen quejas infundadas ya que lo único que hacen es enrarecer el ambiente; 3º) en septiembre de 2008 se envía al actor a prestar servicios a Portugal; 4º) a inicios del año 2009 el actor discute con la directora financiera, elevando ésta el tono de voz, siendo posteriormente sancionado el actor; 5º) en enero de 2009 se le comunica al actor la finalización de su trabajo en Portugal; y 6º) en septiembre de 2009 se le ordena recoger el correo e ir a los bancos.

Sin embargo, ese conjunto (mínimo) de datos a lo largo de más de tres años no permite afirmar un indicio de existencia de vulneración del derecho a la integridad moral del trabajador, de un lado, porque como bien afirma el juzgador de instancia en ningún momento se ha probado la presencia de situaciones humillantes o vejatorias con relación al actor, no pudiendo tener tal consideración la falta de delicadeza o tacto por parte de la directora financiera a la hora de ponerse en contacto con los trabajadores o transmitirles órdenes o reprocharles determinadas actitudes, debiendo recordarse a este respecto que según el art. 20 ET, el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue, y en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (prevención legal en la que entraría el contenido del e-mail que figura en el folio 237 y 238 de los autos enviado por Esmeralda a Juan Ignacio el día 13 de enero de 2009); y del otro, coincidimos plenamente con el juzgador de instancia cuando afirma que: 1º) el

clima de tensión en la empresa no determina por sí solo la presencia de acoso moral; 2º) ni tampoco el hecho de que el actor presente episodios concretos y determinados de trastornos-depresivos, ya que no puede determinarse (más allá lógicamente de las manifestaciones del actor recogidas por el servicio de atención primaria, y no por especialista) su origen; 3º) el traslado del actor no consta que haya sido impugnado, pudiendo entrar dentro de las facultades que en orden a la movilidad geográfica de los trabajadores se otorga al empresario en el ET; 4º) la sanción impuesta al actor tiene como razón de ser el haber incumplido una orden de la empresa; y 5º) la discusión con la directora financiera tuvo precisamente por objeto el incumplimiento de una orden empresarial.

Ahora que, en el hipotético supuesto de que hubiésemos llegado a la conclusión de que pudiera ser operativa la inversión de la carga de la prueba, dando por hecho la presencia de indicios de la presencia de una situación vulneradora de un derecho fundamental y efectivamente ésta se llevase a efecto, la situación existente no podría ser calificada como de acoso. No está de más traer a colación aquí que en el ámbito especializado -médico y jurídico-, se define el acoso laboral (mobbing) como aquella conducta abusiva o de violencia psicológica al que se somete de forma sistemática (el mobbing presenta como elementos caracterizadores las notas de frecuencia, intensidad y permanencia) a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen su dignidad o integridad psíquica, y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo; actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de un fenómeno laboral contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207, que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 CE, y que -en el ámbito normativo laboral- desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad; derechos básicos cuya infracción por parte empresarial no puede sino ser calificada como grave incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Este Tribunal viene concretando desde hace años (por todas, sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2005 que los mecanismos del mobbing - en sus variedades vertical y horizontal- admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones) que pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda el más característico y usual es aquel en el que se parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Sea como fuere, lo cierto es que la

situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado, que no colectivo, del destinatario), que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, como el "síndrome del quemado" (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional), o el mobbing subjetivo o falso, en el que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos (objetivos y subjetivos) que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, faltando así los referidos elementos que caracterizan el acoso moral. En suma, los citados elementos del acoso nos permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio (abusivo o arbitrario) de las facultades empresariales, pues en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona (básicamente su dignidad e integridad moral), en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador, y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial.

En particular, no puede sostenerse en este pleito la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento al actor, con presencia de elementos objetivos y subjetivos, más bien, parece integrarse en un mobbing subjetivo, habida cuenta el hecho de que a lo largo de más de tres años no llegan a media docena las situaciones que, acreditadas en la sentencia de instancia, pudieran dar lugar a la presencia de mobbing, entrando la mayoría de ellas dentro de lo que son facultades propias del ius variandi empresarial. De este manera, de entrada se observa que el actor fue asignado al departamento de instalaciones en 2006, y que precisamente por ello se le excluye de las reuniones relacionadas con la contabilidad de la empresa. En segundo lugar, el actor fue trasladado temporalmente a Portugal, sin que conste que haya impugnado esa movilidad (parece que geográfica) de la que fue objeto, y sin que, igualmente conste que la movilidad de puesto (ahora parece que funcional) haya sido atacada judicialmente, afectando incluso a varios trabajadores de su misma categoría profesional, siendo en todo caso un debate ajeno a la hipotética situación de acoso que se denuncia. En tercer lugar, el hecho de que la directora financiera haya utilizado puntualmente expresiones desafortunadas no implica un trato humillante o vejatorio, pudiendo incluso tales actuaciones ser atacadas mediante la puesta en conocimiento de la dirección de la empresa. Y en cuarto y último término, el trastorno depresivo (que no ha sido diagnosticado por especialista) puede deberse a múltiples causas ajenas a la temática laboral (o incluso relacionadas con el trabajo, pero ajenas a una situación de acoso), sin que exista una situación patente de acoso o mal ambiente laboral.

En definitiva, los elementos fácticos (unidos a los criterios que permiten apreciar la existencia de acoso laboral) que se dan por probados en la sentencia de instancia nos

permitirían incluso distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio (abusivo o arbitrario) de las facultades empresariales, pues en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona (básicamente su dignidad e integridad moral), en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador, y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial. Y en esta ocasión, sobre la base de la inexistencia de una situación de mobbing empresarial (no puede sostenerse en este pleito la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento), los elementos objetivos y subjetivos presentes en el pleito nos permiten hablar de un mobbing subjetivo, y, en último caso, de una situación de stress laboral o de burn-out, que pudiera estar derivado del defectuoso ejercicio de la facultades empresariales de dirección, habida cuenta el clima de tensión en la empresa al que se refiere el sentencia de instancia, pero en ningún caso puede entenderse acreditada la presencia de una situación de mobbing en la persona del actor.

IV-SENTENCIA DE OTROS TRIBUNALES.

i-SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN, DE 31 DE JULIO DE 2002.

Tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la denunciante, que ejerció la acusación particular en la instancia, en sus respectivos recursos de apelación sostienen que la valoración probatoria realizada por el juzgador de instancia es errónea, y ello, al estimar, en síntesis, que el comportamiento del acusado fue en efecto objetivamente tan grave como para configurar un supuesto de acoso sexual. El Juzgador "a quo", en el presente caso opina que, aun cuando el acoso sexual es cierto y reprochable social y personalmente, resulta que la afectación sobre la víctima no se revela determinante de una situación nueva "objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante". En su parecer la situación creada por el acusado era verdaderamente incomoda pero ni la intimido mas allá de una implícita limitación en sus expectativas laborales, ni genero el acusado un ambiente de hostilidad frente a la víctima pues no consta un cambio en el cometido profesional o lugar de trabajo que venia asumiendo, ni

coloco a la víctima en situación de sometimiento dado que no quedo afectada, hasta la denuncia, la situación de la Sra. M dentro de la empresa y en el trato con sus compañeros. Sin embargo, en el caso presente, atendiendo a la secuencia de los hechos probados y pacíficamente reconocidos por los protagonistas, no puede admitirse tal conclusión del Juez de instancia.

La figura típica del delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal, por primera vez, en el art. 184 del Código de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril. Los hechos objeto de enjuiciamiento acaecieron después de la reforma citada de 1999, y como se explicará a continuación, la conducta del acusado se subsume en este delito. La Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluye un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual y entre ellas menciona el que pueda ser constitutivo de delito y, a los efectos que nos interesa, contiene una definición de acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo. El acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el art. 18.1 de la Constitución. La tipificación del acoso sexual en el Código Penal plantea, de inmediato, la cuestión de cuando se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal. Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva.

En la descripción actual del epígrafe segundo del art. 184, la reforma de 1999 ha copiado casi literalmente el texto contenido en la redacción inicial de 1995, manteniendo la misma pena que ahora supone, en cuanto a la penalidad, un tipo agravado respecto al contemplado en el primer epígrafe. La única diferencia sustancial radica en la concreción de la situación de superioridad pues si antes las refería a las relaciones laborales, docentes o análogas, en grave detrimento del principio de legalidad al llevar a la analogía para describir un elemento del tipo, ahora se sustituye esa analogía y la concreta, señalando que la relación debe ser jerárquica junto a la laboral y docente. Destaquemos sus elementos:

a) Que se soliciten favores de naturaleza sexual. Este requisito queda cumplido cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualesquiera que sea el medio de expresión utilizado, cuando dicha

conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre. Que se produzca una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima.

b) Que el sujeto se prevenga de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica.

c) Que anuncie al sujeto pasivo, de modo expreso o tácito, que de no acceder puede causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

De entre estos elementos presenta importantes problemas de interpretación la del segundo. Desde la dogmática penal es necesario dilucidar si la situación hostil, humillante o intimidatoria constituye el resultado típico o, por el contrario, nos encontramos ante una condición objetiva de penalidad. Esa determinación nos servirá para determinar si nos encontramos ante un delito de resultado o ante un delito de mera actividad. Las condiciones de penalidad son elementos del tipo que condicionan la imposición de la pena sin pertenecer al injusto ni a la culpabilidad. De ahí que el autor no tenga que conocer su concurrencia, luego no están abarcados por el dolo, pero debe concurrir en la imposición de la pena. Dicho en otras palabras, el autor no debe conocer que su comportamiento hacia la víctima va a generar una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante aunque esa situación debe concurrir para la declaración de hecho delictivo penado por el Código penal. La doctrina penal ha entendido que el delito de acoso sexual es de mera actividad. El delito se consuma con la realización de la conducta típica, esto es con la solicitud de un favor sexual en los ámbitos descritos en el tipo, sin necesidad de que, como consecuencia de la acción, el autor busque o persiga una situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación aunque esta situación, como condición objetiva, deberá concurrir para su punición como delito de acoso sexual. Su falta de concurrencia podría dar lugar a la aplicación de otros tipos penales como el tipo del delito contra la integridad moral (art. 173.5) o la falta de vejación injusta del art. 620, en función de su respectiva gravedad. Otro comentario que sugiere este apartado típico es el del baremo que debemos emplear para la determinación de la objetividad y gravedad de las situaciones descritas en el tipo. El Código penal, tras su reforma en 1999, exige un criterio objetivo al que añade que sea grave. Ello supone que el examen de la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad debe ser examinada desde la perspectiva de un hombre medio ajeno a la relación, que determinan, con arreglo a su visión de la conducta y de las circunstancias concurrentes, si la acción desarrollada en el seno de una relación como las que se describen objetivamente causen una situación de intimidación, hostilidad o humillación. A continuación, deberá examinar, si esa situación, ya objetivamente constada es grave. Se superponen así dos elementos valorativos teñidos de circunstancialidad. El criterio del "hombre medio" llamado a efectuar las valoraciones deberá tener en cuenta cuantas circunstancias concurren, desde el examen de la conducta ofensiva hasta el examen de las circunstancias personales de la víctima, pues no olvidemos que se trata de un delito de relación ya que el propio tipo penal los tiene en cuenta, en su apartado tercero para

agrar la penalidad. El "hombre medio" deberá realizar su examen valorativo, como ocurre en otras figuras delictivas, comparando la situación descrita y producida con relación a una situación de normalidad en la relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual. Es esa constatación de la "anormalidad" de la relación producida por la ofensa de naturaleza sexual la que debe ser declarada como tal y examinada su gravedad, en función del alejamiento a la situación de normalidad.

Por otra parte el delito de acoso sexual es un delito de los que requiere que al sujeto concurren todos y cada uno de los elementos del tipo, con la excepción expuesta en la condición objetiva de punibilidad examinada. En consecuencia el autor deberá conocer que realiza una ofensa a un sujeto pasivo de intensidad tal que merece el reproche social. En la modalidad del segundo epígrafe del art. 184 del Código penal, deberá conocer la situación de superioridad y la posibilidad de actuar sobre el contenido de la relación laboral, docente o jerárquica.

En el supuesto objeto de esta causa concurren los presupuestos tipificadores que se acaban de mencionar, ya que en primer lugar, resulta bien patente la solicitud de actos de contenido sexual por las inequívocas expresiones, comentarios y hechos de tal naturaleza que se contienen en la relación fáctica de la sentencia de instancia. Por otra parte, en segundo termino, pueden espigarse datos, en el relato de lo sucedido que revelan la reacción airada de la víctima frente a los primeros avances así como su incomodidad y desagrado ante los requerimientos descritos en el "factum" por parte del empleador, y finalmente con indicios racionales de que tal conducta era lo suficientemente grave, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, como queda constatado por las declaraciones de la denunciante, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la víctima, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal, como son el que comunicara lo sucedido no solo a sus compañeros de empresa (cuyos testimonios se recogen en el acta del juicio), y se quejara de ello a una amiga quien observó en alguna ocasión como el propio empresario se acercó por detrás y le tocó el culo a la ahora recurrente, que ponen de relieve la actitud de éste. Debe recordarse en todo caso que la jurisprudencia viene diciendo de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro mas que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador, impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (SS 19 de febrero y 6 junio 2000, entre otras muchas). En el mismo sentido debe interpretarse el hecho de que iniciada la relación de trabajo en febrero de 2000, ya en el mes de mayo interpusiera la denuncia ante la Guardia Civil al considerar intolerable tal situación y como acertadamente se explica en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, apartado tercero. En tercer lugar queda igualmente cumplido el requisito de la relación jerárquica que media entre el acusado y su víctima, como expresamente se dice en los hechos que

se declaran probados; y respecto al cuarto requisito, el propio Juzgador razona sobre la indudable ascendencia que mantenía el acusado sobre la perjudicada que estaba vinculada a la empresa con un contrato temporal renovable y que la actitud del acusado con ella le hacía intuir que podría perder el trabajo, temor que se infiere de la conducta enjuiciada, surgiendo, pues, el anuncio tácito del mal al que se refiere el precepto, y estos razonamientos del Juzgador, tienen su reflejo en los hechos que se declaran probados, y esas posibles y serias represalias, tácitamente entendidas, podían frustrar las legítimas expectativas de la perjudicada a continuar en su puesto de trabajo. No plantea cuestión que el acusado, al realizar tales solicitudes de contenido sexual, era perfectamente consciente de que se estaba aprovechando de una situación de superioridad y que de ser desatendidas sus solicitudes tenía capacidad para perjudicar las expectativas laborales de su víctima. Concurren, pues, todos los elementos que caracterizan esta figura delictiva en uno de los supuestos agravados ya que pueden afirmarse, sin duda, los elementos del tipo básico, en cuanto el acusado, con sus solicitudes e insinuaciones de contenido sexual, había producido una patente situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para su víctima. Así las cosas, la conducta del acusado se subsume en el párrafo 2.º del art. 184 del Código Penal, debe ser rechazado pues el razonamiento judicial que parece entender el contexto intimidatorio del artículo 184 CP, en línea con el significado atribuido a la intimidación propia del delito de agresión sexual, incompatible en nuestra opinión con la constatación de la idoneidad objetiva de la solicitud sexual, desde una perspectiva general y objetiva, atendiendo a parámetros comúnmente aceptados en la comunidad, para entender realizada la exigencia típica de producción de una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, al margen de que el sujeto se sienta afectivamente en el clima contaminado que identifica a las situaciones antedichas, y procede en definitiva la estimación de los recursos de apelación interpuestos.

Las anteriores consideraciones obligan a plantearse la pena que debe imponerse al acusado. En este sentido, teniendo en cuenta el desvalor del injusto protagonizado concretamente por el acusado y admitida la inexistencia de circunstancias modificativas, este Tribunal estima procedente conforme el marco penal diseñado por el párrafo 2.º del art. 184 ya citado, en relación con los arts. 66.1 y 50.5 del Código Penal, imponer la pena de multa de ocho meses, a razón de 2.500 pesetas diarias, valor que al día de la fecha debe ser expresado en 15,03 euros, proporcionada a una persona que puede pagar 115.000 ptas. mensuales a quien le atiende (folios 28, 29 y 38).

ii-SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA, DE 9 DE ENERO DE 2004.

Los hechos declarados probados en la sentencia apelada serán sustituidos por los siguientes: Sobre las 12 horas del día 20 de junio de 2002, en el CONSULTORIO DE SALUD de Panticosa, se produjo una fuerte discusión entre el médico titular de esa localidad, el denunciado, Marco Antonio, y la asistente técnico sanitario, la denunciante, Araceli, con motivo de la colocación de unos carteles por parte de esta última en una de las paredes del dispensario. No se ha acreditado que el denunciado hubiera insultado a la denunciante ni que la hubiera empujado en el curso de la disputa. Ambas partes habían mantenido importantes discrepancias profesionales durante los dos últimos años, las cuales dieron lugar, entre otros sucesos, a que Araceli denunciara a Marco Antonio ante el director gerente del INSALUD y ante el director o coordinador médico del centro de salud de Biescas. Después de ocurridos estos hechos, la denunciante estuvo de baja laboral durante 317 días por ansiedad o estrés laboral.

Tiene razón el denunciado cuando argumenta en su recuso que la sentencia apelada no especifica en los hechos declarados probados (ni en ninguna otra parte) los insultos supuestamente dirigidos a la denunciante, sino que se limita a referir, predeterminando el fallo, que el denunciado profirió insultos (aparte de gritos) y que tales insultos son constitutivos, según su fundamento de Derecho primero, de una falta del artículo 620-2.º del Código penal. El defecto formal apreciado merece una respuesta de fondo, cual es que, en realidad, no se ha acreditado la realidad de los insultos, conforme a lo anticipado en la declaración de hechos probados de esta sentencia de apelación, pues la denunciante nunca ha aclarado o concretado en qué consistieron las expresiones injuriosas supuestamente proferidas contra ella. En suma, se aprecia el error de hecho alegado en el recurso.

Por similares argumentos, la misma conclusión hemos de sostener en cuanto a la expresión "acoso moral" contenida en los hechos declarados probados y en los fundamentos de Derecho de la sentencia de primer grado, los cuales también hablan, con igual inconcreción determinante del fallo, de "acontecimientos de índole vejatorio o menospreciativo". Además, en el caso del acoso moral, la precisión de los hechos que podían haber calificado esa situación era aún más importante a todos los efectos penales (como la prescripción) que en el tema de los insultos, pues el hipotético trato vejatorio se prolongó varios años. Es cierto que, en las diversas denuncias dirigidas a responsables administrativos de sanidad, Araceli especifica ciertos hechos relativos a esta cuestión (por ejemplo, actitud no colaboradora; órdenes de tratamiento a pacientes que la denunciante considera que, dada su cualificación, no debe efectuar; injerencia en el trabajo; desacreditación); pero hemos de tener en cuenta, aparte de los problemas formales mencionados, que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, no es propio del ámbito penal en que nos encontramos, sino de otros distintos, resolver lo que la propia denunciante llama en algunos de sus escritos "acoso profesional" o "moobing".

", tal como intentó a través de las denuncias relatadas en el apartado de hechos probados de esta sentencia. Partiendo de todo ello y de la absolución ya firme por la falta de maltrato de obra, debemos estimar el recurso y absolver al denunciado de la falta de injurias objeto de imputación. Esto conlleva, obviamente, que no proceda hacer ningún tipo de declaración en materia de responsabilidad civil, lo que hace innecesario entrar a conocer sobre la relación, desde el punto de la vista de la imputación objetiva, entre los hechos denunciados y la situación de baja laboral.

iii-SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 29 DE ENERO DE 2010.

En el presente caso no concurre la excepción alegada de la prescripción por cuanto el delito de acoso moral constituye una categoría de los que se denominan delitos permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuricidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica, como situación que adquiere, se mantiene y se consolida en el ejercicio constante, por lo que no puede efectuarse separación temporal alguna en la actividad delictiva. Así, en el delito permanente la realización de la conducta típica se prolonga en el tiempo más allá de la inicial consumación, precisamente por ello en el caso que nos ocupa, la prescripción sólo puede iniciarse desde que conste que los acusados han cesado en su actitud de acoso y perdura en tanto que el sujeto pasivo permanece en ese estado de hostigamiento.

Entrando ya en el análisis de la cuestión de fondo que ha sido objeto de enjuiciamiento, los hechos que se han declarado probados son constitutivos de un delito de acoso moral en el trabajo, fenómeno conocido en la terminología anglosajona como "mobbing", encuadrable en el apartado 1º del art. 173 del Código Penal en el que se castiga al que "infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral", en concurso ideal del artº 77 con un delito de lesiones psíquicas del artº 147.1 del C.P .

El acoso moral en el trabajo viene definido como una situación en donde se ejerce una violencia psicológica a través de una conducta de persecución u hostigamiento a un trabajador frente al que de forma sistemática y recurrente, se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores causándole alteraciones psicossomáticas de ansiedad

y lograr que finalmente esa persona o personas, al no poder soportar el stress al que se encuentran sometidos, acaben abandonando el lugar de trabajo.

Efectivamente el acoso moral o trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial, infligir a una persona un trato degradante, y un resultado, menoscabando gravemente su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión trato degradante que parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque.

Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS 29-9-1998 “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”.

El concepto de atentado contra la integridad moral, comprende los siguientes elementos (STS de 16 de abril de 2.003 o STS 2101/2001 de 14 de noviembre), todos los cuales concurren en el caso de autos:

a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, que puede consistir en un cúmulo variado de actuaciones que comportan una humillación o vejación.

b) Un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto pasivo, pudiendo ser sintomatología psiquiátrico-psicológica del mismo.

c) Una cierta intensidad del comportamiento degradante o humillante (sentencia del Tribunal Supremo 2101/2001 de 14 de noviembre) con una cierta continuidad en el comportamiento del acosador, sin necesidad de que los actos sean idénticos, ni de la misma intensidad, debiendo mantenerse durante un plazo de tiempo prolongado, para que efectivamente produzca una perturbación anímica en quien los sufre.

d) Intencionalidad de la conducta vejatoria, deducible de los actos objetivos externos del acusado.

e) Que entre el daño psicológico producido y la actuación activa o pasiva del sujeto activo de la actuación, exista una clara y patente relación de causalidad.

En el caso que nos ocupa los episodios reiterados de vejaciones de los acusados hacía la querellante reflejados en los hechos declarados probados, apuntan inequívocamente a la existencia de un maltrato psíquico reiterado a que fue sometida la perjudicada desde por lo menos el mes de noviembre de 2002 y que le provocaron un trastorno adaptativo mixto que le incapacita para trabajar.

En primer lugar se han oído en el acto del juicio las grabaciones que la víctima realizó dentro de su despacho a fin de conseguir demostrar el trato a que era sometida por parte de su tío, el acusado Hermenegildo y su prima Milagrosa directora gerente de la mercantil Jorauto S.L en la que trabajaba, prueba trascendental para acreditar el trato hostil y vejatorio que venía sufriendo.

**iv-SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ
DE TENERIFE, DE 27 DE MARZO DE 2012.**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando que "en relación con la modificación de los hechos y la posible vulneración del principio acusatorio, tiene establecido que el hecho controvertido y el hecho decidido, aun no habiendo de ser distinto, no han de ser necesariamente idénticos; su auténtica esencialidad histórica es lo que importa (STS 702/2009, de 23-6). Y también tiene afirmado que los hechos deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, pero puede el tribunal ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; sin que se pueda traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa" (SSTS de 17 de julio de 2008 , de 18 de marzo de 2009 y de 21 de junio de 2010). Pues bien, más que ante la vulneración del principio acusatorio parece estarse ante una vulneración del derecho de defensa en cuanto para ésta la modificación del escrito de acusación del Ministerio Fiscal supusiera un hecho novedoso frente al cual no ha tenido oportunidad de contradecirlo con la práctica de pruebas, tal como señala la STS de 21 de julio de 2010 .

No constituyen nuevos hechos que pudieran sorprender a las defensas de los acusados por cuanto por la acusación particular de Tamara , en su escrito de acusación provisional que elevó a definitivo, se contenía el relato del mismo hecho que introdujo el Ministerio Fiscal -si bien con una diferencia de un mes-, por lo que la modificación fáctica del escrito de acusación ya era conocida por las defensas en el trámite de la calificación provisional y fue objeto del debate procesal habido en el juicio oral, sin que pueda apreciarse con tal modificación una gravosidad de la responsabilidad penal exigible a los acusados.

Con base en lo determinado como acreditado en la relación de hechos probados de esta resolución, se examina en primer lugar si los mismos son constitutivos de alguno

de los delitos contra la integridad moral previstos y penados en los arts. 173 y 175 del CP cometidos por el acusado Geronimo.

Para ello, debe partirse en primer lugar, y como reiteradamente han puesto de manifiesto la doctrina científica y la jurisprudencia, de la difícil delimitación del bien o interés objeto de la protección jurídico-penal de aquellos preceptos, pues la integridad moral, que viene a ser mayoritariamente considerada como el bien jurídico protegido, dificulta incluso realizar una formulación y concreción teórica de lo que representa, resultando ulteriormente más complejo aún cómo deben plasmarse fácticamente los hechos que atentan contra la misma. Así, se ha destacado que la integridad moral se presenta, en primer lugar, como un eslabón de la dignidad, con la que no debe identificarse ni confundirse, y que corresponde a cualquier individuo por el mero hecho de ser persona, otorgándosele un reconocimiento jurídico al más alto nivel en los arts. 10 y 15 de la CE, por cuanto este último prohíbe la causación de tratos degradantes. Pero ya las normas internacionales se habían ocupado de prohibir la tortura y los tratos degradantes; así se hizo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 5); también en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (art. 3); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 9 de diciembre de 1966 (art. 7). En nuestro ámbito más cercano, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien ha ido perfilando los conceptos de torturas, tratos inhumanos y los tratos degradantes que vienen a considerárseles como tres formas distintas, autónomas y jerarquizadas de comportamiento ilícito, cuyo elemento común es el dolor o sufrimiento físico o psíquico infligido a una persona, siendo su característica diferenciadora la gravedad de dicho sufrimiento, de tal modo que en una escala ocuparía la posición superior la tortura, en el centro los tratos inhumanos y en la parte baja los tratos degradantes; doctrina que ha sido acogida por el Tribunal Constitucional español (así STC 120/1990, de 27 de junio). El Tribunal Europeo de Derecho Humanos viene a definir los tratos degradantes como aquéllos que pueden crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia, de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral (Caso Irlanda contra Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978).

En segundo lugar, en el CP vigente, en su Título VII de su Libro Segundo, la integridad moral viene a servir de rúbrica a un conjunto de delitos, por lo que debe otorgársele una total autonomía con respecto a los demás bienes jurídicos que protege el Derecho penal y que les puede resultar próximos, como pudieran ser la integridad psíquica, la libertad de conciencia, la libertad de la voluntad, los cuales tienen otro marco penal autónomo de protección. La integridad moral, en su delimitación jurídico-positiva, suele vincularse con el trato degradante art. 173.1 CP, la violencia familiar habitual (art. 173.2), la tortura (174 CP y otros atentados (art. 175). Para acceder al contenido de lo que pueda ser "trato degradante", en primer lugar, nos sirve la literalidad de la expresión para vincularlo con acciones en que un individuo violentando su voluntad queda degradado, por debajo de su condición de persona y al mismo nivel que una cosa (así STS de 3 de marzo de 2009). En segundo lugar, conforme a lo previsto en el art. 173.1 del CP, el trato degradante sólo resulta típico cuando produzca un menoscabo grave de la integridad moral; y la gravedad de dicho menoscabo también

constituye un elemento típico de difícil determinación, lo que convierte al tipo penal del art. 173.1 en casi absolutamente abierto al utilizar expresiones vagas que no responden adecuadamente al principio de taxatividad.

No obstante, el Tribunal Supremo ha reputado trato degradante con resultado grave de menoscabo de la integridad moral a conductas tales como conducir al monte a la víctima, desnudarla y pintarla con spray por todo el cuerpo, llegando a cortar el pelo con unas tijeras lo que le produjo miedo y humillación (STS de 8 de mayo de 2002); el acusado traslada a la víctima hasta las inmediaciones de un río, donde llega a sumergirle la cabeza varias veces en el agua, impidiéndole respirar adecuadamente, sin permitirle quitarse luego la ropa mojada y permaneciendo así produciéndole un fuerte constipado con proceso febril, así como miedo y temor (STS de 22 de febrero de 2005); los acusados, para cobrar una deuda, detuvieron y encerraron a la víctima, causándole además varios cortes con un cuchillo y quemaduras con cigarro, simulando su ahogamiento al sumergirla en agua (STS de 30 de junio de 2005); el acusado, tras mantener una relación sexual consentida con la víctima quiso mantener otra y ante la negativa de ésta, la agarró por el cuello con ademán de pegarle con el puño, la obligó a despojarse de la falda y la camiseta -únicas prendas que vestía- y la arrastró desnuda hasta el mar con el único fin de humillarla y burlarse de ella, impidiéndole reiteradamente que saliera del agua y llegando a tirar el acusado la ropa y el bolso de la víctima, quien salió del agua finalmente desnuda cuando se marchó el acusado (STS de 28 de septiembre de 2007); la acusada durante meses mantuvo a una anciana de 80 años en avanzado estado de senilidad encerrada contra su voluntad y bajo llave en el trastero de un cortijo, careciendo de condiciones mínimas de habitabilidad, higiene y salubridad, sin luz solar ni ventilación (STS de 18 de febrero de 2008); el acusado, pretendiendo que una persona rompiera su relación sentimental con una pariente suya, en contra de su voluntad la llevó hasta un descampado donde la obligó a quitarse la ropa, marchándose a continuación y abandonándola completamente desnuda (STS de 3 de marzo de 2009). En la jurisprudencia menor, se ha considerado menoscabo grave de la integridad moral obligar a una mujer a sentarse en una silla y cortar el pelo sin su consentimiento en presencia de otras personas (SAP de Barcelona de 7 de mayo de 2007); cubrir la cabeza a la víctima con una cinta de tipo esparadrapo, tumbarla sobre una cama, bajarle los pantalones y las bragas, y a continuación golpearla con una vara en las nalgas e introducirle el cañón de una pistola por el ano y la vagina (SAP Asturias de 19 de octubre de 2005); obligar a la víctima a permanecer desnuda, cortar el pelo a trasquilones, poniéndole una correa al cuello y unas tijeras delante de los ojos diciéndole que se los sacaría si no se estaba quieta (SAP Santa Cruz de Tenerife - Sección 2a- de 7 de febrero de 2005). En definitiva, se trata de comportamientos en los que se infiere al sujeto pasivo una grave e injusta vejación, al que se hiere gravemente en su fuero interno, infravalorándolo, despojándolo de su cualidad de ser humano, reduciéndolo a la condición de simple objeto, utilizándose funcionalmente como una cosa y negándole con su conducta ser fin en sí mismo; el trato degradante viene a suponer una vulneración del derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y no como un simple objeto.

Además, y por lo que respecta al delito tipificado en el art. 173.1 en su redacción anterior a la Reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio (LA LEY 13038/2010), hay coincidencia en que sujeto activo puede serlo cualquier persona que

no sea funcionario público que actúe con abuso de su cargo, pues en tal caso entrarían en aplicación lo dispuesto en los artículos 174 (LA LEY 3996/1995) y 175 del CP (LA LEY 3996/1995) partiendo de una interpretación sistemática del Título VII del Libro II del CP. Por consiguiente, debemos acudir a tales preceptos, a los que también aluden las acusaciones pública (art. 175) y privadas (art. 175 en relación con el art. 174). La única cuestión a tener en cuenta sería la de que cuando es un particular el que atenta contra la integridad moral la tipicidad requiere gravedad, mientras que en el caso de los funcionarios públicos el atentado a la integridad moral se castiga sea grave o menos grave.

Y así, en primer lugar, debe constatarse que el art. 175 del CP (LA LEY 3996/1995) constituye un tipo penal de subsidiariedad expresa, por cuanto castiga al funcionario público o autoridad que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior - 174-, atenta de forma grave o menos grave contra la integridad moral de una persona. De este modo, los arts. 174 y 175 del CP mantienen una relación de subsidiariedad y la diferencia entre ambos estriba no tanto en el resultado grave o no del atentado contra la integridad moral -en ambos caben las dos posibilidades-, sino en la finalidad perseguida por el autor y en los medios utilizados. De este modo, se ha dado cumplimiento por España a lo establecido en el art. 16.1 de la Convención de Naciones Unidas de 1984 para la prohibición de la Tortura, cuando señala que "Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura, tal como se define en el art. 1o, cuando esos actos sean cometidos por funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el conocimiento o aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los arts. 10, 11, 12 y 13, sustituyendo la referencia a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Por la doctrina científica suelen incluirse en el ámbito de aplicación del art. 175 del CP, teniendo en cuenta su relación con el art. 174, los casos de tortura indagatoria o punitiva sin sometimiento a condiciones o procedimientos, o al revés, procedimientos o condiciones con finalidad no indagatoria ni punitiva, como puede ser la intimidatoria o vejatoria; pero también aquellos otros comportamientos incluidos en el art. 173.1 del CP que castiga en parte las mismas conductas cometidas por particulares. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, para delimitar mejor el contenido de injusto que comparten los artículos 173.1 y 175 del CP, prescindiendo de la cualidad del sujeto activo, que la reciente reforma del CP de 2010 introduce un segundo párrafo en el art. 173.1, imponiendo igual pena a los que "en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima". Es decir, ha venido a tipificarse lo que por la doctrina científica ha venido denominándose acoso laboral, o en otra terminología mobbing, o más correctamente bossing laboral, por cuanto se trata de un acoso de naturaleza vertical. La propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, señala expresamente "Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo

sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas". De ello no puede sino colegirse que, con anterioridad a la mencionada reforma, el acoso laboral no se estimaba típico. Precisamente la relevancia penal del acoso laboral era muy discutida. Ya la Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso en el lugar de trabajo (2001/2339/INI) ponía en evidencia los perjuicios que para la salud genera el acoso psicológico en el trabajo, que frecuentemente recalaban en enfermedades relacionadas con el estrés. Tal como pone de manifiesto la SAP de Orense de 7 de noviembre de 2005 el acoso laboral, desarrollado ampliamente en la jurisdicción laboral, "se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de: implantación de medidas organizativas no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc., medidas de aislamiento social impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc., medidas de ataque a la persona de la víctima, críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc., medidas de violencia física, agresiones verbales insultos, críticas permanentes, amenazas, rumores sobre la víctima, etcétera". Tal descripción, como posteriormente veremos, se amolda a los hechos que en esta resolución se han estimado probados.

Por consiguiente, con la nueva incorporación al CP del acoso laboral debe aplicarse esta figura salvo que, como expresamente establece el párrafo segundo de su art. 173.1, la conducta constituya trato degradante, pues se constituye en una modalidad específica de atentado contra la integridad moral, siendo características de su realización el carácter sistemático y prolongado en el tiempo que determina un clima de hostilidad y humillación hacia el trabajador por quien ocupa una posición de superioridad de la que abusa. Se trata pues de generar en la víctima un estado de desasosiego mediante el hostigamiento psicológico que humilla a la misma constituyendo una ofensa a su dignidad. Por consiguiente, el elemento que procura sustantividad y autonomía al acoso laboral frente al comportamiento tipificado en el primer párrafo del art. 173.1 del CP radica en la exigencia de reiteración de los actos de acoso cuya realidad por separado no constituya trato degradante, ni que incluso sean en sí mismos hostiles o humillantes si no se enmarcan en un contexto de realización sistemática y prolongada en el tiempo.

Los hechos probados tampoco son constitutivos de los delitos de coacciones (art. 172 CP) y amenazas (art. 169 CP) que por las acusaciones particulares se imputan al acusado Geronimo. Por lo que se refiere a las coacciones del art. 172 del CP, no ha quedado acreditado que el comportamiento del acusado doblegara la voluntad de la víctima para impedirle con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que aquélla no quisiera, pues concretamente no ha quedado acreditado que el acusado desplegara el acoso laboral con intimidación o violencia física para conseguir que la víctima abandonara su puesto de trabajo, pues específicamente las recriminaciones de echarlas a la calle nunca fueron seguidas de actos encaminados a ellos y que resultarían más eficaces como el dar parte de su comportamiento. Tampoco los hechos probados son subsumibles en el art. 169 del CP, pues los anuncios de divulgar el expediente personal o de echarlas a la calle se hizo en el marco repetido de

hostilidad y humillación en el que quedaron consumidos.

**v-SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER,
DE 11 DE OCTUBRE DE 2000.**

Frente a la sentencia que condena a D. Rodolfo quien ahora recurre como autor de un delito contra la integridad moral en concurso ideal con un delito de lesiones , delitos previstos y penados en el art.173 en relación con el art.147,1 del Código Penal y le condena, además de a la pena correspondiente a indemnizar al Sr. Jesús Miguel en la suma de 20.000 euros por daños morales con declaración de la Responsabilidad civil subsidiaria de FEVE , se alza primeramente el Sr. Rodolfo en apelación instando la revocación de la sentencia y alegando para ello, en primer lugar, la vulneración del derecho fundamental del principio de legalidad en relación con el principio de non bis in idem ; en segundo lugar ,estimando que no ha habido suficiente prueba que permita entender que los hechos cometidos por Rodolfo sean constitutivos de un trato degradante subsumible en el tipo penal del art.173 del Código Penal ; tercero, por estimar que los hechos no pueden tampoco subsumirse en el tipo penal del art.147 del Código penal por no estar acreditado que tuviera intención o dolo específico de causar un menoscabo psicológico en la víctima; invocando, en cuarto lugar, que en todo caso el precepto aplicable debería ser el del subtipo privilegiado del nº2 del art.147 del Código penal , entendiendo ,en quinto lugar que el precepto aplicable para relacionar ambos tipos penales debió ser el art.8,3 del C.P . y por tanto la regla de la consunción y no la del concurso ideal; en sexto lugar, se estimó indebidamente aplicado el art.109 , 110 y 115 del C .P en materia de indemnización por daños morales; se invocó en séptimo lugar que se ha vulnerado el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, postulando la aplicación de la atenuante; y se concluyó afirmando que en materia de individualización de la pena se había vulnerado la regla de proporcionalidad y los arts.66,6 " y 77,2 de C.P . Igualmente se alzó en apelación contra la sentencia dictada en Instancia la representación procesal de F.E.V.E, quien se opuso a la suma establecida en concepto de responsabilidad civil por estimar que dicho daño estaba ya resarcido en sentencia de la jurisdicción social; impetrando de forma subsidiaria la reducción de la suma establecida por este concepto. El Ministerio Fiscal y la representación procesal de D. Jesús Miguel se opusieron al recurso deducido.

Impetra el recurrente en primer lugar que se ha vulnerado el artículo 25 de la Constitución porque se ha infringido el principio non bis in idem o prohibición de doble sanción, dado que junto a la presente sentencia recaída en la Jurisdicción penal, ha habido previas sentencias por los mismos hechos en la Jurisdicción social y además se ha tramitado un procedimiento ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que

concluyó con la imposición de una sanción por infracción muy grave. Tiene razón la representación procesal del Sr. Jesús Miguel cuando mantiene que no cabe apreciar la identidad de la cosa juzgada entre las resoluciones dictadas en las dos Jurisdicciones, que exigiría como es perfectamente sabido y es ocioso reiterar con mayor detenimiento, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, una concurrencia de identidad de los elementos descritos en el artículo 1.252 del C. Civil (cosas, causas, personas de los litigantes y calidad con que lo fueron) que obviamente no se da entre el presente procedimiento y los seguidos ante la Jurisdicción Social. Y ello, aunque los hechos objeto de ambos estén íntimamente relacionados hasta el punto de tratarse de las mismas conductas pero, como es evidente, con valoraciones y consecuencias jurídicas diferente, unos de orden estrictamente laboral y otras de ámbito penal, lo cual determina la falta de identidad de causa de pedir en ambas jurisdicciones excluyente de la cosa juzgada. A idéntica conclusión ha de llegarse en lo que atañe a la sanción impuesta administrativamente. Basta la lectura de la misma obrante a los folios 496 y siguientes para comprobar que pese a su evidente vinculación fáctica, si siquiera la persona sancionada es la misma que la que aquí se condena. Efectivamente la sanción se impone a la Empresa FEVE por incumplimiento de lo dispuesto en el Estatuto de los derechos de los Trabajadores derivados de la relación de trabajo; y en el presente juicio quien resulta condenado es una persona física concretamente el recurrente Sr. Rodolfo. Consecuentemente el primer motivo de recurso ha de perecer.

Se alega por el recurrente la errónea valoración de la prueba practicada por parte del Juzgador de Instancia, reiterando que de la que ha sido practicada en el Plenario no cabe entender probados los hechos como lo ha hecho la Magistrada de lo Penal. Sustenta fundamentalmente su pretensión en la consideración de que lo único que ha sido tenido en cuenta por la Juez a quo han sido las pruebas documentales consistentes en sentencias dictadas por la jurisdicción social, el informe elaborado por la Inspección de Trabajo y finalmente los informes médicos y médico forenses; no habiendo tomado en consideración ninguna otra prueba practicada. No es cierto. De una lectura de la sentencia que ha sido dictada se desprende que la Magistrada de lo Penal ha llegado a las conclusiones fácticas a las que ha abocado tras valorar el abundante material probatorio obrante en autos, de entre el que destaca tanto la documental que se reseña, como la testifical practicada y la pericial tanto del médico forense como del perito psiquiatra Sr. Gustavo , de todo lo cual concluye estimando acreditada la comisión de los hechos por parte del hoy recurrente que relata en el relato de hechos probados. Debe recordarse que constituye doctrina jurisprudencial reiterada que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, conducen a que por regla general deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el juez en cuya presencia se practicaron, por lo mismo que es este juzgador y no el de alzada, quien

goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de la prueba y valorar correctamente su resultado, haciendo posible, a la vista del resultado objetivo de los distintos medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido, ventajas derivadas de la inmediación en la práctica de la prueba, de las que carece, sin embargo, el tribunal de apelación, llamado a revisar esa valoración en segunda instancia; lo que justifica que deba respetarse en principio el uso que haya hecho el juez de su facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en el juicio, reconocida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (SSTC de 17-12-1985, 23-6-1986, 13-5-1987 y 2-7-1990, entre otras), criterio valorativo que únicamente deberá rectificarse cuando no exista el imprescindible soporte probatorio, o bien cuando un detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador a quo, de tal magnitud que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia, algo que aquí no sucede.

En efecto, hay prueba suficiente de cargo, y la Juez la ha valorado y razonado de forma exhaustiva y minuciosa llegando de forma indubitada a las conclusiones que en su relato de hechos probados efectúa y que la Sala no va a reiterar por no tener en efecto más que añadir a los más que exhaustivos razonamientos expuestos.

Efectivamente, los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de acoso moral en el trabajo fenómeno conocido en la terminología anglosajona como mobbing encuadrable en el apartado 1 del art.173 del Código penal en el que se castiga "a quien infligiera a otra persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral" en concurso ideal del art.77 con un delito de lesiones del art.147,1 del Código pena

El acoso moral o trato degradante exige para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial infligir a una persona un trato degradante y un resultado, menoscabando su integridad moral. El núcleo típico está constituido por la expresión trato degradante, exigente de una cierta permanencia o al menos repetición de comportamiento degradante.

Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS 29- 9- 98 "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral".

Pues bien en el presente caso se han probado todos los elementos del delito. De entrada ha habido claros e inequívocos actos de contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito Sr. Jesús Miguel, que consistieron en un cúmulo de actuaciones que implicaron humillaciones y vejaciones que menoscabaron su dignidad como trabajador,

llegando a vaciar de contenido su puesto de trabajo y produciéndole un grave menoscabo personal.

La existencia de dicho comportamiento sistemática y permanentemente degradante hacia el trabajador por parte del hoy recurrente desde el mismo momento en que el sr. Jesús Miguel llegó a Cantabria en Marzo de 2002 como encargado de líneas electrificadas, es incuestionable a la vista de la contundente prueba documental que obra en los autos. Efectivamente el Sr. Rodolfo quien a la sazón ocupaba la Jefatura de Infraestructura de Cantabria que pasó a denominarse el 21 de junio de 2002, Gerencia de infraestructura y que por tanto se encontraba en una situación de superioridad jerárquica respecto de él, ejerció una clara jefatura directa sobre el trabajador impartiendo instrucciones relativas al trabajo, reorganizando el servicio e impulsándole a realizar labores de categoría inferior a las que le correspondían y ante sus reticencias le sometió a un hostigamiento permanente, privándole de personal y medios a su cargo, imponiéndole condiciones degradantes y destinándole a una oficina laboral aislada del entorno laboral y no apto para el desempeño de un trabajo. Especialmente relevante en este sentido es el Informe de la Inspección de Trabajo de fecha 13.12.06 y la multiplicidad de sentencias dictadas por la Jurisdicción social de las que necesariamente se infiere cual fue el trato recibido por el trabajador por parte del recurrente. No menos esclarecedoras de cuál era el comportamiento que hacia él desplegaba el Sr. Rodolfo resultan las cartas por este señor remitidas obrantes a los folios 105 y siguientes. de la causa y el contenido de las obrantes a los folios 434 y siguientes de la causa.

Si a este cúmulo de material probatorio del que ya resulta probado la persistencia en el mantenimiento de una situación vejatoria ,unimos la declaración de D. Jesus Miguel relatando en el Plenario el ambiente en el que trabajaba, las órdenes que recibía encomendándosele tareas de categoría inferior a las suyas, tras haber sido reorganizado el servicio con tal fin, ubicándole en una oficina aislada en el taller de catenaria, detrayéndole sus labores y privándole de medios y personal preciso para la realización de su trabajo; y las declaraciones de los testigos Sres. Carlos Alberto y Armando , la conclusión necesariamente ha de ser, compartiendo el fundado criterio de la Juez a quo ,que efectivamente nos encontramos con un supuesto de trato degradante en el ámbito laboral con lesión a la integridad moral. de la víctima De los mismos medios de prueba ya reseñados se aprecia igualmente la intensidad de este comportamiento humillante que se mantuvo de forma continuada durante un periodo temporal prolongado.

Tildar a esta actitud de denigración como de desavenencia laboral, no encuentra otro sentido que el propio del ejercicio del derecho de defensa, dado que lo que hubo fue una situación de acoso laboral en toda regla que constituyó un ataque frontal a la dignidad personal del trabajador.

Se dice por el recurrente que en cualquier caso habiendo pasado él en fecha 19 de diciembre de 2003 a ostentar el cargo de Gerente de Seguridad alcanzando la edad de jubilación el día 1 de junio de 2006 a partir de la fecha primeramente citada tuvo él el dominio funcional del hecho pretendidamente-dice-denigrante para el Sr. Jesús Miguel . No se puede tampoco compartir este criterio. Tal como mantiene la Magistrada de lo Penal, y pese a que efectivamente cuando el Sr. Jesús Miguel fue declarado en situación de incapacidad laboral por depresión reactiva el Sr. Jesús Miguel ocupaba otro cargo, lo cierto es que ello provino y trajo su causa de la situación vivida como consecuencia del acoso laboral al que se vio sometido por el comportamiento del Sr. Rodolfo , de forma tal que, habiendo sido éste perfectamente conocedor de la situación por él creada (no puede mantenerse lo contrario a la vista de las cartas remitidas y las sentencias laborales que necesariamente conoció) de la que era más que previsible por la intensidad del hostigamiento que podría sufrir las lesiones psíquicas que finalmente padeció, y, pese a lo cual se mantuvo en su conducta de modo sistemático, sin hacer nada que pudiera evitar la consecuencia causalmente derivada de su comportamiento, ha de responder como autor tanto del delito del art.173,1 como del delito del art.147,1 del C. Penal.

Finalmente, prueba de los padecimientos psiquiátricos derivados causalmente de las actividades sistemáticas y humillantes realizadas por el acusado hoy recurrente; también la hay constituida por la abúndate documental médica obrante en los autos (folios 529, 533 entre otros), el informe médico forense (folio 55) debidamente ratificado en el Plenario por la Dra. Gracia y el informe del Psiquiatra Don. Gustavo constando de todo ello que sufrió un trastorno adaptativo mixto, con alteraciones emocionales, enfermedad psiquiátrica que debe tratarse con ansiolíticos y antidepresivos y psicoterapia, siendo declarado en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

En consecuencia por lo expuesto, consideramos que ha habido prueba más que suficiente de concurrencia de todos los elementos del delito contra la integridad moral y del delito de lesiones. Este motivo de recurso ha de decaer.

Se invoca la no concurrencia del dolo en el delito de lesiones, y por ello se postula la absolución de este tipo penal; y se justifica en entender que no ha habido prueba de concurrencia de un dolo específico de causar un menoscabo psicológico en la víctima.

Ciertamente y como todo componente que pertenece al ámbito de lo que el individuo piensa, pretende, conoce o prevé, y que se alberga en el fuero interno del sujeto, la determinación del "animus" que mueve la acción debe establecerse mediante un juicio de inferencia deducido de los elementos fácticos circunstanciales que rodean el hecho y que figuran en la declaración probatoria. De ahí que este elemento interno de donde habrá que deducirlo es de la propia conducta objetiva el autor del hecho.

Pues bien en el presente caso la Sala compartiendo nuevamente el criterio de la Magistrada a quo entiende que su comportamiento estuvo guiado cuando menos por dolo eventual de producirle el menoscabo psíquico psicológico que efectivamente padeció el trabajador. No cabe otra conclusión a la vista de cuál fue su comportamiento de humillación, hostigamiento y denigración en sus condiciones laborales durante años, que llevaron a multiplicidad de pronunciamientos en la jurisdicción laboral todos ellos favorables para el trabajador, pese a lo cual se persistió en idéntica actitud vejatoria. Es obvio pues que con su actuación el acusado ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado producido. Si no era su intención directa y primigenia la de ocasionarle una lesión, lo que es palmario es que necesariamente sabía y conocía que quien se encuentra de modo permanente sometido a tal humillación es más que posible y probable que se produjera tal descompensación psíquica y, pese a lo cual persistió en su actitud.

Por tanto, concurrió dolo y por tanto se da el elemento subjetivo del delito. Este motivo de recurso también ha de ser rechazado.

Se pretende por el recurrente que se aplique el subtipo atenuado del n°2 del art.147 del Código penal y se sustenta en la consideración de la menor entidad de la conducta llevada a cabo y de la levedad del resultado lesivo producido nimio resultad.

Conforme reiterada Jurisprudencia que por conocida es ocioso reiterar, el tipo atenuado de lesiones que contempla el art. 147.2° C.P. participa de los mismos elementos que configuran el tipo básico recogido en el núm. 1 del precepto, como lo demuestra la expresión legal del «hecho descrito en el apartado anterior», es decir, la causación de una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, siempre que dicha lesión requiera objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico.

Concurriendo estos componentes, el hecho siempre tendrá categoría de delito, pero para valorar la «menor gravedad» que postula el recurrente y que contempla el subtipo atenuado del 147.2°, habrá de valorarse atendiendo tanto a la entidad del resultado producido , tiempo de curación y naturaleza de la lesión como al conjunto de circunstancias concurrentes, tales como la utilización de medios especialmente peligrosos o la intensidad del peligro en el que se hayan puesto bienes jurídicos esenciales para la víctima.

Así pues habrá de ser tanto el hecho circunstanciado, como el resultado, lo que habrá de valorarse, atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, para determinar si merece o no la calificación de menor gravedad.

Necesariamente ha de ser rechazada esta petición en el caso concreto. De un lado la acción llevada cabo revistió considerable entidad. No cabe otro calificativo para aquel comportamiento de quien como es el caso de modo permanente y continuo y durante un periodo de dos años hostiga y denigra a un trabajador subordinado

jerárquicamente. El resultado lesivo no sólo no fue leve sino que bien se puede calificar como de considerable entidad. Recuérdese que se trató de una depresión reactiva a su entorno laboral que determinó que fuera declarado en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo durante diecisiete meses padeciendo un trastorno adaptativo con alteraciones emocionales y predominio de ansiedad e insomnio, que necesitó para curar de tratamiento antidepresivo y psicoterapéutico.

Consecuentemente ni por el comportamiento desplegado para la causación de la lesión ni por la entidad de la misma, se puede valorar el hecho como de menor gravedad a los efectos de aplicación del n°2 del art.147 del C.P. Por tanto tampoco cabe que prospere este motivo de recurso.

Se impugna por la parte que se haya aplicado el art.77 del Código Penal en vez de lo dispuesto en el art. 8,3 del Código Penal; y se mantiene que debió haberse hecho aplicación de la regla de consunción establecida en dicho precepto a las alteraciones psíquicas ocasionadas a consecuencia del trato degradante y consecuentemente absolverle del delito de lesiones por el que ha sido condenado de forma autónoma.

Es cierto el Acuerdo citado por el recurrente de 10 de Octubre de 2003 aplicable a los delitos de agresión sexual (que no es el caso) conforme al cual "Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3º del Código Penal , sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil".

Sin embargo para el supuesto de los delitos contra la integridad moral categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor; el art.177 del Código penal establece una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral siempre y cuando por su intensidad alcancen autonomía típica propia .

De acuerdo con este precepto en los casos en los que de la conducta agresiva del autor del delito se produzcan resultados lesivos de carácter psíquico o de otro tipo que excedan de los que vienen siendo comunes para esta clase de comportamientos y los mismos sean constitutivos de infracción penal y pueda afirmarse que quedan abarcados en el dolo del autor con carácter de independencia respecto de su intención inicial, la solución a aplicar es la que se deriva del referido precepto con exclusión del principio del art. 8,3 del C.P.

Consecuentemente en los supuestos en los que como ya hemos dicho el padecimiento psíquico que padezca la víctima a resultas de la agresión por su intensidad o especiales características determine un resultado que pueda ser tenido como autónomo y por tanto subsumible en un delito de lesiones la relación con el delito del art.173 del

C.P . necesariamente habrá de ser la del concurso ideal del art.77 del C.P y ello, por expresa disposición legal.

Este es el caso de autos. Las lesiones que ha sufrido el Sr. Jesús Miguel exceden de lo que sería el resultado típico del delito (menoscabo de la integridad moral) y constituyen una grave afección de la salud.

Evidentemente no pueden tener otro carácter los trastornos emocionales y depresiones reactivas que padeció y que conllevaron ya no sólo la sujeción a un determinado tratamiento médico sino e incluso derivaron en una situación de incapacidad laboral que se prolongó en el tiempo durante diecisiete meses tal como consta acreditado medianamente (desde el 17 de enero de 2006 hasta el 28 de mayo de 2007). Hay por tanto un delito de lesiones de los previstos en el art.147 el C.P . y el art.177 entra en aplicación. Por tanto este motivo de recurso ha de perecer.

Igual suerte ha de correr la impugnación que se efectúa en orden a la responsabilidad civil.

Se impugna la indemnización fijada por estimar que las bases establecidas para el cálculo indemnizatorio resultan desproporcionadas y arbitrarias.

Tal como el Tribunal Supremo ha señalado entre otras muchas sentencias en la reciente de 28 de octubre de 2010 los daños morales no pueden ser calculados con criterios objetivos , sino que solo pueden ser calculados en un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, atendiendo a la naturaleza y gravedad del hecho, y atemperando las demandas de los interesados a la realidad socioeconómica en cada momento.

Aplicando este criterio jurisprudencial no puede entenderse la suma fijada por la Magistrada de Lo penal como de excesiva ni desproporcionada a las circunstancias fácticas del hecho. El hostigamiento fue prolongado en el tiempo (más de dos años), su relevancia considerable, y las consecuencias que irrogó para la víctima más que relevantes. Si a ello se aúna que el Sr. Jesús Miguel se vio forzado a acudir en pluralidad de ocasiones a la Jurisdicción social con sentencias favorables a sus pretensiones en todas las veces, y que pese a lo cual continuó en la misma situación que había denunciado, con el obvio quebranto moral no cabe entender que la cantidad fijada por el dolor sufrido no sea ponderada y ajustada tanto a la realidad del hecho como a las concretas circunstancias.

En cuanto a negar que la determinación de la indemnización haya sido razonada por la Juzgadora no se sostiene. Basta para el rechazo de esta alegación la lectura del fundamento jurídico tercero cuyos razonamientos expresamente se comparten por la Sala.

Se pide la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas al amparo del art. 21,6 del Código Penal y se pretende sustentar en la 23 consideración de que desde el inicio de la secuencia fáctica (1 de marzo de 2002) hasta la fecha en que se dicta sentencia transcurrieron más de nueve años, dándose por tanto-entiende- los presupuestos fácticos para el acogimiento de tal atenuación .

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo recuerda que es una materia en la que no hay pautas tasadas, y esto hace preciso que en cada ocasión haya que estar a las precisas circunstancias y vicisitudes del caso, con objeto de verificar en concreto si el tiempo consumido en el trámite puede considerarse justificado por la complejidad de la causa o por otros motivos que tengan que ver con ésta y no resulten imputables al órgano judicial. En particular, recuerda la STS de 26-4- 2007, debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes. Y, por otra parte, el mismo Tribunal Supremo, en sus SSTs de 19-12-2005 y 23-9-2002 , señala que, al tratar las dilaciones indebidas como atenuante analógica, no se debe extremar el formalismo, porque en el proceso penal, en la instrucción, sobre todo, el deber de impulso concierne al órgano competente. Con mayor motivo en la última fase del proceso, en la decisoria. Como recuerdan las SSTs de 23-2-2004, 11-3-2004 y 14-2-2007, toda demora carente de justificación procesal es indebida. Y el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas alcanza inclusive al señalamiento el juicio oral pese a la mayor o menor justificación que pueda tener el órgano judicial para ello por acumulación de asuntos pendientes. Pues bien en el presente caso, la Sala al igual que la Magistrada de lo Penal no entiende que haya habido dilaciones extraordinarias en la tramitación de la causa en ninguna de sus fases. En efecto, tomando como fecha inicial del procedimiento, obviamente no la de la ejecución del hecho como la parte recurrente pretende, sino la de incoación del proceso iniciado por querrela de mayo de 2007, y teniendo en cuenta la más que evidente complejidad de esta instrucción tanto por la naturaleza de los hechos como por la exigencia de la realización de abundante actividad instructora, que se dictara el auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado en fecha 11 de agosto de 2008, no sólo no puede calificarse de tardanza en la instrucción sino de adecuada celeridad. Las incidencias posteriores que determinaron dilatar el señalamiento del juicio se derivaron de los recursos sustanciados precisamente por la defensa. Tampoco en la fase de señalamiento de juicio hubo retrasos relevantes. Se recibió en el Juzgado de lo Penal en febrero de 2010 y se señaló el juicio para los días 13 de setiembre de 2010 y 28 de marzo de 2011 fechas ambas en las que se suspendió por causas justificadas. Finalmente celebrado el juicio el diez de junio la sentencia se dictó el 23 de setiembre. Dada la complejidad evidente de la causa no cabe apreciar dilación relevante ninguna. Este motivo también debe ser rechazado.

Se invoca la falta de individualización correcta de la pena impuesta y se alega la errónea aplicación del art.77 del Código penal . Nuevamente ha de decirse que no tiene razón el recurrente. El párrafo segundo de dicho precepto establece que "..en estos casos

(refiriéndose a los descritos en el párrafo 1 de dicho precepto)se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penara separadamente" añadiendo el párrafo tercero que "cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado".

Precisamente lo que ha hecho la Juez a quo es aplicar correctamente este precepto, razonándolo y motivándolo de forma más que acertada. Se han explicado las razones para imponer la pena en la medida que se recoge en la sentencia y los razonamientos son de todo punto correctos. Se podrá estar en desacuerdo con la pena impuesta pero no se puede sostener la tesis de que no se ha motivado o razonado adecuadamente, ni que no se han manejado correctamente las normas que determinan la misma. Teniendo en cuenta los márgenes punitivos de uno y otro tipo penal (arts.147 y 173 del Código penal) y la no concurrencia de circunstancia ninguna de modificación de la responsabilidad penal, el haber impuesto una pena de dos años que está dentro de la mitad superior de la prevista para la infracción más grave (art.173 del C.P.) es a la vista asimismo de las circunstancias concretas totalmente ajustado. Pretender la aplicación de los mínimos punitivos que es lo que en esencia y en el fondo se está pretendiendo no es de recibo. El recurso promovido por la representación procesal de D. Rodolfo ha de ser rechazado en su integridad.

**vi-SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES, DE
14 DE ENERO DE 2013.**

Aduce el condenado en la instancia en pretensión de que se dicte un pronunciamiento absolutorio en esta alzada, vulneración de la garantía constitucional a la presunción de inocencia que debió amparar al encausado en juicio siquiera sea por aplicación del principio in dubio pro reo, errónea valoración de la prueba e infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 173.1 del Código Penal , inaplicación del artículo 620.2º del mismo Cuerpo Legal a la vez que inobservancia de los artículos 1 y 5 del susodicho texto normativo. Errónea valoración de la prueba a la que ha llegado el juzgador de instancia guiado por una actitud parcial adoptada en juicio siempre a favor de la señora Noelia , puesta de manifiesto desde el trámite de cuestiones previas planteadas al inicio de las sesiones del plenario, pasando por la práctica de la prueba en dicho acto hasta, finalmente, su valoración en sentencia, de modo que su principal se ha visto enjuiciado bajo una evidente presunción de culpabilidad, cuando lo cierto es que los hechos que se atribuyen a su patrocinado no son más que una campaña de descrédito

personal y profesional orquestada por la denunciante y sus testigos (alguno de los cuales, como es el caso de la señora Lorena , también ejerce la acusación particular contra el señor José Augusto, en otro proceso de similares características ante otro órgano jurisdiccional penal de esta misma circunscripción territorial) que ha derivado en graves perjuicios para su persona inclusive a nivel profesional.

Así pues, obvia el juzgador circunstancias tales como -que la denuncia tardó seis meses en ser interpuesta, -que todos los testigos coincidieron en afirmar que el señor José Augusto gastaba bromas de mal gusto en el trabajo, pero bromas al fin y al cabo, - que fue la propia señora Noelia quien pidió la baja médica la cual fue expedida además por contingencias comunes siendo dada de alta tan sólo veintidós días después, -unido a la parquedad del informe de tan sólo siete líneas emitido por una psicóloga particular y la emisión de un informe psicólogo-forense al cabo de dos años de que la denunciante recibiera el alta médica y sin que, además, en los mismos se hile el padecimiento dermatológico sufrido por ella con el proceder de su principal, obedeciendo la presión a la que la señora Noelia decía verse sometida en el trabajo a las exigencias inherentes a su labor como redactora en un periódico de tirada diaria y, en ningún caso, como consecuencia de un delito de torturas ejercidas por parte del señor José Augusto , al cual únicamente se le puede reprochar el haber proferido bromas de mal gusto con total ausencia de dolo, resultando por ello también conculcado mediante la impugnada el artículo 5 del Código Penal según el cual <<no hay pena sin dolo ni imprudencia>>. Error en la valoración de la prueba - continúa arguyendo - que también ha derivado en la fijación de una desproporcionada pena de dos años de prisión para su principal y una responsabilidad civil carente de justificación.

Alega de otra parte el recurrente infracción de Ley sustantiva penal concretada en el artículo 1 de nuestro Código Penal, según el cual, no se castigarán acciones u omisiones que no estén previstas en la Ley con anterioridad a su perpetración, por cuanto si bien los hechos que se declaran probados son susceptibles de reproche penal por tener encaje en el artículo 173.1.2º del Código Penal , donde se encuentra tipificado el acoso en el ámbito laboral, ello es así tras la reforma operada en el referido Texto Normativo mediante Ley Orgánica 5/2010 con fecha de entrada en vigor el día 23 de diciembre del mismo año, es decir, cuatro años después de que presuntamente ocurrieran los hechos, fecha en la cual el delito de atentado contra la integridad moral tipificado en el artículo 173.1º del Código Penal se encontraba integrado por una serie de elementos que no concurren en el caso enjuiciado, a saber, -acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; -conurrencia de padecimiento físico o psíquico; -que el comportamiento del sujeto activo sea humillante o degradante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona y -que se cause en el pasivo una grave lesión que será determinada conforme a todas las circunstancias concurrentes en el hecho, por lo que en cualquier caso entiende que al no revestir los enjuiciados entidad bastante como para ser calificados como delito considera que, de

modo subsidiario y para un improbable rechazo de la absolución, los mismos deben ser calificados como falta de vejaciones del artículo 620.2º del Código Penal.

Dicho todo lo cual, comienza esta Sala discrepando de las consideraciones realizadas por el recurrente en torno a la insuficiente prueba de cargo practicada en juicio en orden a enervar la presunción de inocencia que le amparó en el mismo y ello, tras realizar un nuevo análisis y estudio del acervo probatorio practicado en el plenario que, nos lleva a igual convicción de culpabilidad del encausado que la alcanzada por el juez de instancia, esto es, tras oír en declaración a las partes implicadas en el proceso, señores Noelia y José Augusto y otros seis deponentes, tres de ellos testigos de la defensa, amén de las tres periciales practicadas en el acto del plenario; prueba ésta analizada en la combatida por el juzgador a quo en términos tales de razonabilidad que no permiten a esta Sala su revisión al quedar descartado cualquier atisbo de arbitrariedad o razonamiento absurdo en sus pronunciamientos, por cuanto en ella se lleva a cabo un escrupuloso análisis del testimonio de todos y cada uno de los testigos y peritos que en el juicio declararon, siendo la versión inculpatória mantenida por las acusaciones, la que mayor verosimilitud mereció al Juez de lo Penal, cuya inmediación en juicio - no olvidemos - le proporciona una privilegiada posición en orden a valorar la prueba de la que nosotros no disponemos y es que, como el mismo indica en la impugnada, mientras que la acusación presentó tres testigos directos de los hechos a la sazón compañeras de redacción de la denunciante, señoras Lorena, Luisa y Paula, (quienes con determinación corroboraron el testimonio de la perjudicada, manifestando haber presenciado los episodios de maltrato en el trabajo proferidos por el acusado hacia la señora Noelia, en coherencia con la documental obrante en Autos relativa al informe emitido por la psicóloga señora Doña Genoveva - folio 124 de las actuaciones -, los partes de baja de la denunciante folios 12 a 17, los faxes que según la misma fueron el detonante para interponer la denuncia - folios 18 a 25 - y la conclusión del perito Prudencio, a cuyo juicio el relato de la señora Noelia resultaba verosímil), la defensa articuló una versión exculpatoria de los hechos en la que trataba de presentar al encausado como la verdadera víctima de lo ocurrido entre los implicados, la cual no resultó creíble para el juez de instancia toda vez que sus testigos no presenciaron los hechos, estando de otra parte la pericial-psiquiátrica practicada a su instancia relacionada con un episodio ansioso-depresivo por el que fue tratado entre los años 2006 a 2008 con motivo de una serie de problemas no sólo profesionales sino también personales teniendo antecedentes clínicos por ansiedad y agorafobia.

Y ello, sin que tampoco sea posible achacar al juez a quo infracción de Ley de tipo alguno por cuanto el juicio de tipicidad que se hace en la sentencia es más que razonable, en relación a la redacción del artículo 173.1º del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, los cuales consideró el juez de instancia incardinables en el concepto de <<trato degradante>> aludido en el precepto de referencia, esto es, aquel susceptible de crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad idóneos para humillarles, envilecerles y quebrantar, en su caso su resistencia física o

moral (STS núm. 255/2011 de 6 de Abril); en el supuesto concreto que nos ocupa, con ánimo inherente de doblegar la voluntad de la perjudicada de permanecer en su puesto de trabajo y de minar por ende su capacidad de resistencia a abandonarlo y todo ello, mediante el empleo reiterado de expresiones vejatorias a la vez que amenazantes durante más de seis meses sobre la perjudicada que acabaron causando en su persona un grave deterioro psíquico objetivado mediante los informes médicos en su día incorporados al proceso, siendo precisamente estos los motivos por lo que los susodichos no pudieron recibir la calificación de falta de vejaciones del artículo 620.2º del Código Penal, procediendo en consecuencia la confirmación de los pronunciamientos recaídos en la instancia en este sentido.

No obstante lo anterior, debemos concordar con la parte recurrente en cuanto a la desproporción de la pena de prisión de dos años impuesta en sentencia y del quantum indemnizatorio de 18.000 euros concretado en la combatida, en primer lugar, en lo que a la pena de prisión se refiere, porque al encontrarse implícita en la calificación del delito del artículo 173.1º del Código Penal la gravedad de los hechos, no puede ser esta circunstancia doblemente tenida en cuenta para exacerbar la pena careciendo de justificación en consecuencia la imposición de la pena en el máximo legalmente previsto, ante la ausencia de circunstancia que así lo justifique, siendo en cambio la fijación de la misma en un año y dos meses más ajustada a las circunstancias del caso y del culpable, procediendo igualmente la reducción de la cuantía de las responsabilidades civiles a 12.000 euros por cuanto la incapacidad temporal sufrida por la perjudicada a consecuencia de los hechos, lo fue para todos los ámbitos de su vida durante tan sólo veintidós días, mientras que el resto del tiempo hasta alcanzar un año tan sólo fue parcial, sin que conste permaneciera afectada su vida de relación en ningún otro ámbito que no fuera más que el laboral al cual pudo reincorporarse, insistimos, a los veintidós días de ser baja médica.

vii-SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL DE GERONA, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2000.

Constituye el eje de la presente litis, y así lo alega la parte demandante desde el primer momento, una cuestión terminológicamente tan concisa como es el mobbing. Sin embargo este problema laboral, de reciente sensibilización, sólo es conciso en su terminología anglosajona, pues ni tiene una definición única a nivel europeo, ni tiene una definición en nuestro ordenamiento jurídico, y por no tener, no tiene siquiera una

traducción unánimemente aceptada. Algo sí se puede afirmar desde el primer instante, y esto es que su complejidad impide acercarse con tino al problema, si no se ha estudiado o al menos leído sobre la cuestión. Si así no se hace, es fácil escuchar expresiones como "es un problema del trabajador que es débil de carácter", o "todos somos víctimas de mobbing en el trabajo" u otras similares, que se encuentran en las antípodas de la cuestión que aquí se debate. Es precisamente por esta dificultad, y por su novedad, por lo que procedo a detenerme de forma excepcional en su explicación, en la convicción de que su comprensión resuelve la litis y despeja las posiciones de asombro de la parte demandada apreciadas en la Sala de vistas.

La imagen de un individuo exultante en su poder, sin escrúpulos, que utiliza a los otros para satisfacer su interés, y que lo hace mediante un hostigamiento sistemático por medio de alusiones, descalificaciones, desconsideraciones... no es de ahora y por lo tanto, no estamos ante un fenómeno nuevo, sino ante una concienciación nueva del fenómeno. A su vez cualquier aproximación al problema del mobbing parte de los efectos devastadores que tiene, tanto por la patología grave que en muchos casos va aparejada en la víctima (depresión, trastornos de ansiedad, insomnio, suicidio,...), como por el coste que tiene la situación para la propia empresa (despidos, bajas por enfermedad, crisis en el ambiente laboral...), o para el sistema público de salud.

Dada la relevancia del problema, los intentos por acotar el concepto de mobbing no han faltado, destacándose ahora estos tres:

a) el de su descubridor Heinz Leymann, para quien se trataba del fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente -al menos una vez por semana- y durante un tiempo prolongado -más de seis meses- sobre otra persona 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 finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.

b) el mostrado por la Carta Social Europea de 3 de Mayo de 1996, que se refería a él de la siguiente manera: "...promover la sensibilización, información y prevención en materia de actos condenables o explícitamente hostiles u ofensivos dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo y adoptar las medidas apropiadas par proteger a los trabajadores contra tales comportamientos".

c) y finalmente el expuesto por la Comisión Europea, que en un intento de aquilatar el concepto, definía el mobbing, el 14 de mayo de 2001, como "un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos", a causa del cual el afectado "es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirectos, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío".

Sin desmerecer otras traducciones, mobbing puede ser traducido jurídicamente, como "presión laboral tendenciosa", al definirse como aquella presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador, mediante su denigración laboral.

1.- 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. Es irrelevante a efectos de afirmar la existencia de presión que ésta haya llegado a generar o no, bajas laborales en la víctima, u otros estigmas. Si ha existido dicho ataque sobre la víctima --y se reúnen el resto de los requisitos que se analizan a continuación--, se habrá producido una presión laboral tendenciosa.

La contundencia semántica anterior, obliga así a descartar supuestos de roces laborales que por su nimiedad, no pueden ser aquí incardinados; la presión requiere un comportamiento severo, con peso específico propio, y por ende una simple broma - incluso de mal gusto- no quedaría aquí incluida.

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. El mobbing exige una víctima, un presionado, porque si éste no existe lo único que tendremos será un comportamiento malintencionado, o maledicente por parte del sujeto activo, pero no una presión.

La presión puede ser explícita o implícita. Tanto si ésta se produce mediante malas palabras, como si se produce mediante miradas, risas, o "dándose la vuelta", estamos ante una presión, y en este sentido no se debe olvidar que una de las formas más efectivas del mobbing, es hacer el vacío a la víctima.

La presión normalmente es sin contacto físico, pero también puede darse el caso de que sea con contacto físico. Actitudes repetidas de un trabajador sobre otro, como puede ser el estirón de orejas respecto a quien es objeto de mofa por las mismas, el pisotón o la "colleja" diaria a quien se le dice que está siempre en medio, u otras similares, entran de lleno en lo que es presión, y por lo tanto pueden dar lugar a mobbing. El mobbing físico existe, y tiene que estar previsto en la normativa, y en la mente del jurista.

2.- Laboral.- La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se lleva a cabo, y en el lugar de trabajo.

Que sea consecuencia de la actividad laboral, implica que sea cometida por miembros de la empresa, entendida ésta en sentido amplio, es decir, por personas que dependan funcionalmente de la empresa, aunque orgánicamente dependan de otra entidad. El ejemplo a tener en cuenta es el de los trabajadores de empresas de trabajo

temporal; éstos en el desempeño de su trabajo dependen de la empresa usuaria, y en esa situación pueden ser objeto de control.

Pero también el supuesto de trabajadores de otras empresas con las que se presta servicios, pues siempre que la empresa de la víctima tenga capacidad de reacción, se le exigirá ésta al amparo del deber de preservación de la integridad física de los trabajadores (art.4-2-d ET) y del deber de preservación de su intimidad y consideración debida a su dignidad (art.4-2-e ET).

Que la presión se realice en el lugar de trabajo, supone un límite geográfico a su comisión. La razón de ser de ello radica en que fuera de la empresa, la persona tiene una mayor libertad, tanto de reacción, como para su elusión; pero también, en que fuera del lugar de trabajo --fuera del ámbito de organización y dirección--, la capacidad de supervisión empresarial y reacción, disminuye drásticamente.

3.- 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.

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; es decir habrá casos en los que el mismo sea manifestado al sujeto pasivo mediante frases como "te voy/vamos a hacer la vida imposible", "si no te vas, te arrepentirás", etc. En estos casos tenemos la constatación expresa de que existe un plan que responde a una finalidad manifestada. Pero ello no siempre es así; en ocasiones la víctima no es comunicada de dicha finalidad, sino que ve un cambio de actitud cuyo origen se desconoce o simplemente intuye, pero sobre el que nadie le da certeza. La característica explícita o implícita de dicho plan, es indiferente, pues lo relevante es su existencia. Obviamente que ante una transmisión pública de dicho ardid, la víctima tendrá la constatación de lo que sospechaba, y puede conseguir más fácilmente algún tipo de prueba para su acreditación posterior. Pero se insiste, aunque no sea así, la existencia de un plan, o en otras palabras, la existencia de un comportamiento alineado en un plan de sistemático hostigamiento, será una cuestión de prueba, y como tal, el Juez la apreciará ponderando la totalidad de los indicios probatorios que se le presenten, con lo que la existencia del mismo es una conclusión y no una premisa.

Dicho plan requiere de una permanencia en el tiempo; para que se pueda hablar de un comportamiento "tendente a", es necesario que tales manifestaciones de voluntad se repitan a lo largo de un período, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho

puntual y no ante una situación de mobbing. En este punto me parece importante rechazar de forma franca la exigencia de un concreto plazo temporal para poder hablar de mobbing, pues una cosa es que se lleguen a apreciar casos especialmente graves o finales, y otra cosa es decir que hasta que no se llega a ese punto, no estamos ante una situación de mobbing. La presión laboral tendenciosa se produce tras un cierto tiempo que requiere todo plan, pero sin necesidad de un tiempo concreto, el cual por cierto, estará en función entre otros motivos, de la intensidad del concreto hostigamiento

Dicho plan precisa de una reiteración de comportamientos; ya se ha expresado que una de las diferencias entre el conflicto laboral simple y el mobbing, es que el primero es puntual y el segundo reiterado. La reiteración de comportamientos no es mas que la consecuencia lógica de un plan, de una actitud tendente a un resultado, pero será en el caso concreto, y sólo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos como evidenciadores de dicho fin. Es aquí donde la aportación de todo tipo de indicios y evidencias cronológicas, de un comportamiento sistematizado en su contra, permitirá la acreditación de una conducta planificada dirigida a hundir la resistencia psicológica de la víctima, en definitiva la existencia de una presión laboral tendente a un resultado repudiado por la conciencia social.

Tendenciosidad en su vertiente de comportamiento abyecto significa que no es admisible por la conciencia social el resultado que se busca con dicha presión laboral.

Desbrizar los supuestos en los que concurre tal comportamiento tendencioso, de aquellos otros en los que no concurre, obliga a profundizar en el objeto final del mobbing.

Para muchos autores lo que se pretende con el mobbing es provocar el vacío al trabajador, en la idea de que no lo resistirá psicológicamente y así se marchará de la empresa. A mi modo de ver, hacer el vacío al trabajador es una de las formas más eficaces de medrar la autoestima de todo ser humano, que por definición es un ser sociable y necesita de sus semejantes. Lo que ocurre es que esta idea debe ser completada. Para otros autores lo tendencioso del mobbing es que busca dañar la salud psicológica del trabajador; una vez más estamos muy cerca de qué es la tendenciosidad, pero en puridad el mobbing --a mi entender-- no busca el daño por el daño, busca que ese daño genere un resultado. La esencia del mobbing, la tendenciosidad de este comportamiento abyecto, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono laboral o en su defecto la baja médica). 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, tanto por buscar la denigración laboral, como por buscar la autoeliminación.

La denigración laboral, es algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y es conocido. Tal concepto es más amplio que la referencia antedicha del vacío laboral, pero entiendo que comprende mejor todos los supuestos posibles de tendenciosidad, los cuales no siempre pasan por esta arma del vacío laboral. A su vez la búsqueda de la denigración laboral, es una acepción que se queda en la esfera laboral, con lo que también me parece más acertado que la referencia a la patología, a la búsqueda del daño psicológico.

La búsqueda de la autoeliminación es su aspecto esencial, y es especialmente repugnante para la moral social colectiva, tanto por las consecuencias que tiene para la víctima, como por su cobardía. En lugar de plantear el conflicto de forma que se resuelva con las reglas laborales vigentes (indemnización por despido improcedente, acuerdo pactado para la extinción de la relación laboral...etc), se busca alcanzar un acto unilateral del adversario, con la obvia pretensión de sortear su amparo legal. Una vez que es el propio sujeto pasivo de la presión, quien solicita el abandono del puesto de trabajo -definitivo o médico--; el objetivo del mobbing se ha cumplido, y el fraude a la ley se ha consumado. Resumiendo todo lo anterior en una sola frase, que resuelve a su vez la litis, esta sería: Mobbing es la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral.

**viii-SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 2 DE VITORIA,
DE 16 DE DICIEMBRE DE 2005.**

La actora basa su pretensión, en síntesis, en alegar que la empresa demandada vulnera el derecho a la integridad física y moral del actor, prevista en el art. 15 de la C.E., siendo su conducta contraria al respeto debido a la dignidad personal y profesional del trabajador, arts. 10 y 18 de la C.E. y art. 4.2 del E.T., con afectación directa del derecho al trabajador y la debida protección frente a los riesgos laborales, alegando las cartas remitidas al actor, y que verbalmente se le conmina al trabajador a correr más con el camión para realizar su jornada horaria entre las 22.00 y las 06.00 horas, alegando asimismo que incluso ha sido seguido el actor en la realización de su ruta, recibiendo amenazas por parte de sus superiores, lo que ha conllevado un estado de ansiedad en éste, y el estar en situación de Incapacidad Temporal en octubre del año 2004, por referir conflictividad laboral.

Que frente a la pretensión de la actora, se opuso la empresa demandada, por entender que en ningún caso se han producido los hechos descritos en la demanda, por lo que no existe ningún tipo de vulneración de derechos fundamentales hacia el actor.

La Jurisprudencia del TS y del TC, entre otras, STC de 22 de junio de 1989, es constante al establecer que "cuando, ante una decisión empresarial, se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio o de vulneración de derechos fundamentales, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio".

La correcta interpretación del alcance de esta doctrina exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos, contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, para lo cual se han de mesurar adecuadamente todas las circunstancias puntuales que concurran en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias surgidas en la relación laboral en el momento de otorgar a las mismas la virtualidad necesaria para ser tenidas como suficiente indicio de la violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de febrero y de 15 de abril de 1996 dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, al significar que, para que haya lugar a esta inversión de la carga de la prueba, no basta su mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, y los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprender algo por conjeturas fundadas en apariencia.

Distinguen estas sentencias entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba.

Que con respecto a la vulneración del derecho fundamental a la integridad física, regulada en el art. 15 de la C.E., la jurisprudencia tiene considerado que la aportación de indicios razonables exigidos por la Ley y la Jurisprudencia Constitucional tiene además importancia tratándose al derecho a la integridad física reconocida en este precepto, respecto al cual el estudio de la doctrina judicial permite concluir la posibilidad de que, tal lesión pueda darse en aquellos supuestos en los cuales el cese sí está ligado a una actitud de la empresa que incide directamente y de manera causal en la salud del trabajador actuando sobre su salud de distintas maneras, como es impidiendo su recuperación al exigirle la reincorporación al trabajo [así, Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia del País Vasco, de 27 de junio de 2003 (rec. núm. 1000/2003)], o bien por estar la baja asociada a un incumplimiento por parte de la empresa de la protección del trabajador frente a riesgos de salud causados por riesgos en el trabajo (Sentencia, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 1999) o de los deberes de contratación regular [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de abril de 2001, rec. núm. 9436], así como asociado a las numerosas bajas temporales causadas por un trabajador minusválido (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de febrero de 2000).

Que con respecto a la alegada vulneración de la dignidad personal y profesional del trabajador, derecho fundamental regulado en los arts. 10 y 18 de la C.E., desarrollado en el art. 4.2 del E.T., es decir, el alegado acoso laboral y conducta de hostigamiento por parte de la empresa demandada, debemos señalar que las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia han venido recogiendo tanto la definición como los elementos del denominado acoso moral o "mobbing", entre otras sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 7 de marzo de 2003, acogiendo su contenido también la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28 de noviembre de 2003, en la que se define el "mobbing" como una situación de hostigamiento que sufre un trabajador sobre el que se ejercen conductas de violencia psicológica de forma prolongada y que le conducen al extrañamiento social en el marco laboral, le causan enfermedades psicosomáticas y estados de ansiedad y, en ocasiones, provocan que abandone el empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido.

Que se han destacado también como elementos del "mobbing" la presión laboral y que ésta sea tendenciosa. Que es necesario para que exista "mobbing" que se ejerza una presión y que la víctima sienta esta presión, entendiéndose por tal la conducta que desde un punto de vista objetivo pueda ser percibida como un ataque; por lo que debe descartarse de este concepto de presión los supuestos de roces laborales que por su escasa importancia no puedan ser incardinados dentro de este elemento. Sin embargo, se descartan las situaciones que revelan un conflicto entre trabajador y los superiores jerárquicos u otros trabajadores, siendo que, aunque sean abusivos, a veces no pueden encuadrarse dentro del acoso moral, como tampoco los supuestos de presión frustrada o en grado de tentativa, exigiendo siempre una víctima, a la que se le causen daños psíquicos, debiendo éstos ser probados por el trabajador.

Que esta presión debe ser sufrida como consecuencia de la actividad laboral que se realiza en el lugar de trabajo, y además debe ser tendenciosa, es decir, debe responder a un plan explícito o implícito, requiriendo permanencia en el tiempo, ya que para que exista "mobbing" debe repetirse a lo largo de un período, no pudiendo constituir un hecho puntual. Se precisa por tanto una reiteración de comportamientos; siendo la

esencia del "mobbing" el perseguir la denigración laboral provocando la autolimitación del trabajador.

Que los mecanismos del hostigamiento o presión hacia un trabajador, se pueden cometer por parte de sus superiores o de la empresa a través de diversos medios o formas, y aplicando la doctrina expuesta al presente caso, entendemos que debe delimitarse la resolución del presente pleito al hecho de si las comunicaciones remitidas al actor, no sólo las remitidas en febrero y mayo de 2005, sino también las remitidas en junio y julio de 2003, pueden llegar a constituir el mecanismo al que hemos hecho referencia para conseguir la empresa la denigración también referida del hoy actor.

Por lo expuesto, debemos concluir que la empresa demandada ha llevado a cabo actuaciones de acoso moral o psicológico al actor, vulnerando por tanto su derecho fundamental a la dignidad profesional y personal, contenidos en los arts. 10 y 18 de la C.E.

26-EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I-INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH; también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Se trata de un tribunal internacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus Protocolos adicionales, mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el garante del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones derivadas del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el "Convenio"), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (artículo 19).

Creado en 1959, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un tribunal internacional que actúa no sólo a instancia de los Estados parte del Convenio, sino,

singularmente, en virtud de las demandas que pueden presentar los particulares, ya sean ciudadanos o personas bajo la jurisdicción de un Estado parte.

España asumió la competencia del Tribunal como consecuencia de la ratificación del Convenio, en virtud de instrumento de fecha 4 de octubre de 1979.

El Tribunal tiene su sede en Estrasburgo y está compuesto por un total de 47 Jueces (uno por cada Estado parte), actuando en varias formaciones judiciales (Juez único, Comité de tres Jueces, Sección y Gran Sala). Para el desempeño de su función el Tribunal está asistido por una Secretaría. Son lenguas oficiales del Tribunal el francés y el inglés.

Corresponde al Tribunal, en virtud de las demandas individuales interpuestas ante el mismo, verificar si las autoridades españolas han respetado o tutelado adecuadamente los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Para ello es preciso que el demandante haya agotado los recursos jurisdiccionales existentes en España para la tutela de tales derechos y libertades.

La representación del Reino de España ante el Tribunal está atribuida, en calidad de Agentes, a los abogados del Estado integrados en la Subdirección de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado. .

II-NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS JUECES

Los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por mayoría, de entre una terna de candidatos que presenta cada Estado miembro del Consejo de Europa. Los candidatos deben ser juristas de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia (artículo 22 del Convenio).

Antes de tomar posesión de su cargo, los jueces deberán prestar el siguiente juramento o declaración solemne, en la primera sesión en la que el Tribunal se reúna en Pleno y el juez esté presente, o en caso de necesidad, ante el Presidente del Tribunal

Los jueces son elegidos por un período de nueve años no reelegibles y finalizará cuando alcancen la edad de 70 años. Asimismo, podrán ser relevados de sus funciones si los demás jueces deciden, por mayoría de dos tercios, que dicho juez ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo (artículo 23 del Convenio).

III-COMPETENCIA DEL TEDH

El TEDH no puede juzgar cualquier presunta violación de derechos humanos, sino que deberán cumplirse los siguientes requisitos:

Ratione loci: Se podrá presentar una demanda si se ha sufrido una violación de los derechos humanos en el territorio de los Estados que hayan ratificado el CEDH.

Ratione materiae: Hay que alegar y justificar adecuadamente la infracción de alguno o algunos de los derechos reconocidos en el CEDH, no basta con hacer una alegación genérica o abstracta sobre el CEDH.

Ratione temporis: Sólo serán perseguibles los hechos acaecidos a partir de la entrada en vigor del CEDH en el Estado de que se trate, pero sólo se podrá presentar la demanda si ese Estado ha aceptado la competencia del TEDH.

Ratione personae: Tienen legitimación activa los Estados y cualquier persona, física, jurídica, ONG o grupo de particulares, con independencia de su nacionalidad, residencia o estado civil, que sean los perjudicados directos; y tienen legitimación pasiva los Estados que hayan ratificado el CEDH (el acto lesivo debe ser responsabilidad del Estado, esto es, cometido por alguna Administración o agente dependiente de él, no por una persona física o jurídica privada).

El Tribunal no puede decidir de oficio. Es competente para decidir sobre alegaciones de violación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos a partir de demandas individuales o interestatales.

En cerca de la mitad de las sentencias de violación dictadas desde su creación el Tribunal ha declarado la violación del artículo 6 del Convenio, ya sea por falta de equidad del procedimiento o por excesiva duración del mismo. De hecho, el 58% de las violaciones declaradas por el Tribunal se refieren al artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) o al artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio (protección de la propiedad). Finalmente, en cerca del 11% de los casos el Tribunal ha constatado una violación grave del Convenio en relación con el derecho a la vida o con la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (artículos 2 y 3 del Convenio).

IV-COMPOSICIÓN

El Tribunal lo compone el mismo número de jueces que Estados Parte en el Convenio (actualmente 47 jueces).

Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a partir de una lista de tres nombres propuesta por cada Estado. Son elegidos por un mandato no renovable de nueve años.

Si bien es cierto que los jueces son elegidos a título de un Estado, sin embargo, forman parte del Tribunal a título individual y no representan a dicho Estado. Son totalmente independientes y no pueden ejercer ninguna actividad incompatible con su deber de independencia e imparcialidad.

El juez nacional no puede actuar como juez único en los asuntos contra el Estado a título del cual ha sido elegido. Excepcionalmente puede ser invitado a participar en un Comité. Por el contrario, siempre forma parte del Tribunal cuando éste decide en Sala de 7 jueces o en Gran Sala de 17 jueces.

La Secretaría es el órgano de apoyo jurídico y administrativo del Tribunal en el ejercicio de sus funciones judiciales. Se compone de juristas, de personal administrativo y técnico y de traductores.

Los gastos de funcionamiento del Tribunal corren a cargo del Consejo de Europa. Su presupuesto forma parte del presupuesto del Consejo de Europa, que se financia mediante contribuciones de los Estados miembros establecidas en función de baremos que tienen en cuenta su población y su producto interior bruto.

El presupuesto del Tribunal cubre el salario de los jueces y del personal y los diversos gastos del Tribunal (informática, viajes oficiales, traducción, interpretación, publicaciones, gastos de representación, asistencia jurídica, visitas indagatorias, etc.).

V-ORGANIZACIÓN

El Tribunal se compondrá de un número de Jueces igual al de las Altas Partes contratantes (actualmente 47), durante un periodo de 9 años no reelegibles.

El Tribunal, en pleno, elige su presidente y a uno o dos vicepresidentes por un período de tres años reelegibles. Los dos vicepresidentes son igualmente presidentes de sección. Cada una de las cinco secciones cuenta, asimismo, con un Vicepresidente.

La composición de las CINCO secciones, estable por tres años, debe estar equilibrada tanto desde el punto de vista geográfico como desde el de la representación de sexos, teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos existentes en los Estados contratantes.

Dos secciones son presididas por los vicepresidentes del Tribunal y las otras dos por los presidentes de sección elegidos por el Tribunal. Los presidentes de sección son asistidos y, si es necesario, reemplazados por los vicepresidentes de sección

En el seno de cada sección se constituyen a su vez, por períodos de doce meses, comités de tres jueces. Estos comités son un elemento importante de la nueva estructura, pues efectúan una gran parte de la labor de filtrado que antes desarrollaba la Comisión

Salas de siete miembros se constituyen dentro de cada sección, de modo rotatorio, con el presidente de la sección y el juez elegido a título del Estado en cuestión según cada caso. Cuando este juez no es miembro de la sección, actuará en la sala en calidad de miembro 'ex officio'. Los miembros de la sección que no son miembros titulares de la sala serán suplentes.

La Gran Sala, de diecisiete jueces, se constituye por tres años. Aparte de los miembros 'ex officio' -el presidente, los vicepresidentes y el presidente de sección-, la Gran Sala se forma mediante un sistema de rotación de dos grupos, que se alternarán cada nueve meses, cuya composición tiene en cuenta el equilibrio geográfico e intenta reflejar las diferentes tradiciones legales existentes en los Estados parte.

El Tribunal puede decidir en cuatro formaciones principales diferentes.

Un juez único decide sobre las demandas manifiestamente inadmisibles. Un Comité de tres jueces puede pronunciarse por unanimidad sobre la admisibilidad y el fondo de un asunto sobre el que ya exista jurisprudencia consolidada del Tribunal. Una demanda puede también recaer en una Sala de siete jueces que se pronuncia por mayoría, la mayor parte de las veces sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

Excepcionalmente la Gran Sala de diecisiete jueces puede ser llamada a pronunciarse sobre un asunto. Esto sucede cuando una Sala se inhibe a su favor o cuando una solicitud de reenvío es aceptada.

VI-SECCIONES DEL TRIBUNAL

Una Sección es una entidad administrativa y una Sala es una formación judicial del Tribunal constituida en el seno de una Sección.

El Tribunal tiene cinco Secciones dentro de las cuales se constituyen las Salas. Cada Sección se compone de un Presidente, de un Vicepresidente y de varios jueces.

VII-SALAS Y GRAN SALA

Una Sala se compone del Presidente de la Sección a la que el asunto ha sido atribuido, del juez nacional, esto es, del juez elegido a título del Estado contra el que se ha presentado la demanda, y de otros cinco jueces designados por el Presidente de la Sección según un sistema de rotación.

La Gran Sala se compone del Presidente del Tribunal, de los Vicepresidentes, de los Presidentes de las Secciones, del juez nacional y de jueces elegidos por sorteo. Los jueces que hayan formado parte de una Sala que haya dictado una sentencia no pueden formar parte de la Gran Sala que decida sobre el asunto reenviado.

VIII-COMPETENCIA DE LA GRAN SALA

La Gran Sala decide en dos supuestos: como consecuencia de un reenvío o como consecuencia de la inhibición de una Sala.

Cuando una Sala dicta una sentencia, las partes pueden solicitar el reenvío del asunto ante la Gran Sala, solicitud que será aceptada en contadas ocasiones. Es el colegio de la Gran Sala quien decide si ha lugar o no al reenvío del asunto ante la Gran Sala para un nuevo examen.

La Gran Sala también puede decidir como consecuencia de la inhibición de una Sala, en circunstancias también excepcionales. La Sala a la que se le ha atribuido un asunto puede inhibirse a favor de la Gran Sala si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o si existe un riesgo de contradicción con una previa sentencia del Tribunal.

IX-ABSTENCIÓN DE LOS JUECES DEL TEDH

Un juez debe hacerlo si ha conocido del mismo de alguna manera en un estadio anterior al procedimiento. Se dice entonces que el juez se aparta del caso. En ese caso, dicho juez es remplazado en dicho procedimiento por otro juez o por un juez ad hoc si se trata del juez nacional.

Un juez ad hoc es el nombrado por el Gobierno demandado para decidir en los asuntos en los que el juez nacional no puede hacerlo por incapacidad, inhibición o dispensa

X-PROCEDIMIENTO ANTE EL TEDH

i- INTRODUCCIÓN.

El Convenio distingue dos tipos de demandas: las demandas individuales, presentadas por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental que estima que sus derechos han sido violados y las demandas interestatales, interpuestas por un Estado contra otro Estado.

Desde su creación la casi totalidad de las demandas presentadas ante el Tribunal lo han sido por particulares alegando la violación de uno o más derechos del Convenio.

Las demandas deben necesariamente presentarse contra uno o más Estados que hayan ratificado el Convenio. Toda demanda interpuesta, por ejemplo, contra un tercer Estado o contra un particular será declarada inadmisibile.

Las demandas pueden presentarse directamente por un particular, sin que la representación mediante abogado sea necesaria al inicio del procedimiento. Para presentar una demanda basta con remitir al Tribunal el formulario de demanda debidamente cumplimentado y acompañado de los documentos requeridos. El hecho de que el Tribunal registre una demanda no prejuzga en absoluto que ésta vaya a ser admitida o estimada.

El sistema del Convenio prevé un sistema de “fácil” acceso al Tribunal a fin de que todo individuo pueda presentar una demanda con independencia de si se encuentra en una región retirada de un país miembro o carece de medios económicos. Así pues, el procedimiento ante el Tribunal es gratuito.

La mayoría de las demandas presentadas ante el Tribunal son demandas individuales interpuestas por particulares. Cuando un Estado interpone una demanda contra otro Estado Parte en el Convenio hablamos de una demanda interestatal.

La representación por abogado no es indispensable al inicio del procedimiento, pues toda persona puede dirigirse al Tribunal directamente. La asistencia de abogado es indispensable, por el contrario, una vez que el asunto ha sido comunicado al Gobierno demandado a fin de que éste presente observaciones. Los demandantes pueden recibir asistencia jurídica, si se considera necesario, a partir de dicho momento del procedimiento.

No existe una lista de abogados habilitados para actuar ante el Tribunal. Toda persona que esté habilitada para ejercer como asistente jurídico en un Estado Parte en el Convenio, o que sea autorizado por el Presidente de la Sala correspondiente, puede actuar ante el Tribunal.

El examen de los asuntos planteados ante el Tribunal conoce dos etapas principales: la etapa de admisibilidad y la etapa de decisión sobre el fondo del asunto, esto es, de examen de las quejas. Diferentes etapas marcan asimismo el recorrido de una demanda.

La formación de juez único declara una demanda inadmisibile cuando la inadmisibilidat se impone claramente desde el principio; sus decisiones no son recurribles.

Los Comités dictan decisiones o sentencias definitivas en asuntos sobre los que ya existe una jurisprudencia consolidada del Tribunal.

Las Salas comunican el asunto al Gobierno demandado para que éste presente observaciones. Entonces tiene lugar un intercambio de observaciones entre el demandante y el Gobierno demandado. El Tribunal decide a continuación si ha de celebrarse una vista, lo que es excepcional a la luz del número de demandas de las que éste conoce. Por último, la Sala dicta una sentencia que será definitiva sólo tras el

transcurso del plazo de tres meses durante el que el demandante o el Gobierno pueden solicitar el reenvío del asunto a la Gran Sala. Si el reenvío es aceptado por el colegio de la Gran Sala, el asunto se somete a un nuevo examen y, si se considera oportuno, se puede celebrar una vista. Las sentencias de la Gran Sala son definitivas.

Las demandas deben respetar ciertos requisitos so pena de ser declaradas inadmisibles por el Tribunal sin proceder a un examen del fondo. Antes de acudir al Tribunal, el demandante ha de haber agotado todas las vías de recurso internas, esto es, la persona que se queja de una violación de sus derechos debe haber presentado su asunto previamente ante los tribunales nacionales del país respectivo hasta agotar la última instancia competente. De este modo, el Estado ha tenido la posibilidad de reparar por sí mismo y en primer lugar, a nivel nacional, la violación alegada.

Es necesario invocar uno o más derechos de los enunciados en el Convenio. El Tribunal no puede decidir sobre quejas relativas a derechos no contenidos en el Convenio. El Tribunal debe además recibir la demanda en un plazo de seis meses desde el pronunciamiento de la última decisión judicial interna, en general, una decisión del más alto tribunal nacional. Asimismo, el demandante debe ser víctima personal y directa de una violación del Convenio y debe haber sufrido un perjuicio importante. Evidentemente, una demanda debe ser interpuesta contra uno de los Estados Parte en el Convenio y no contra otros Estados o contra un particular.

Una Organización no gubernamental y un Estado, pueden presentar demandas. Además, ambos pueden ser autorizados por el Presidente del Tribunal a intervenir en un procedimiento en calidad de terceros interesados.

El Presidente del Tribunal puede autorizar a una persona distinta al demandante o a un Estado Parte en el Convenio distinto a aquél contra el que se ha interpuesto la demanda a intervenir en un procedimiento. Se habla en estos casos de tercero interesado. Esta persona o este Estado pueden presentar observaciones escritas o participar en las vistas

Excepcionalmente el Tribunal puede realizar indagaciones y desplazarse a un país con el objetivo de establecer los hechos que estén en el origen de una demanda. La delegación del Tribunal puede en estos casos recibir el testimonio de personas y realizar una investigación in situ.

En ocasiones el Tribunal puede también designar peritos, como por ejemplo cuando solicita a médicos expertos el examen de demandantes que se encuentran en prisión.

El procedimiento ante el Tribunal es escrito, pero en ocasiones el Tribunal puede considerar oportuno la celebración de una vista pública.

Las vistas se celebran en el Palacio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo y son públicas salvo que el Presidente de la Sala correspondiente o de la Gran Sala, según el caso, decida su celebración a puerta cerrada. La prensa y el público pueden acceder a las mismas; para ello sólo tienen que presentar una acreditación de prensa o un

documento de identidad.

Todas las vistas son grabadas en video y retransmitidas por el sitio Internet del Tribunal el mismo día en que se celebran, a partir de las 14:30 horas (hora local).

ii-EXCEPCIONES PRELIMINARES

Las excepciones preliminares son las alegaciones presentadas por el Estado demandado que, en su opinión, impedirían un examen del fondo del asunto.

iii-ACUERDO AMISTOSO

Un acuerdo amistoso es un trato entre las partes que pone fin al procedimiento iniciado con una demanda. Cuando el demandante y el Estado demandado se ponen de acuerdo en poner fin a un asunto que los enfrenta, lo más habitual es que ello se traduzca en el pago una cantidad de dinero. Tras un examen de los términos del acuerdo amistoso, y salvo que considere que el respeto de los derechos humanos exige continuar con la demanda, el Tribunal archivará la demanda.

El Tribunal anima siempre a las partes a que alcancen un acuerdo amistoso. Si a pesar de ello las partes no logran llegar a un acuerdo, el Tribunal procederá al examen de fondo de la demanda.

iv-MEDIDAS PROVISIONALES

Cuando se presenta una demanda ante el Tribunal, éste puede exigir de un Estado la adopción de ciertas medidas mientras continua con el examen del asunto. Generalmente el Tribunal solicita al Estado que se abstenga de hacer algo como, por ejemplo, de devolver a una persona a un país en donde dice estar expuesta a un riesgo para su vida o a sufrir torturas. Las deliberaciones del Tribunal son siempre secretas.

Por regla general los Estados cumplen con las indicaciones del Tribunal sobre medidas provisionales, a veces ha sucedido que algunos no han actuado de acuerdo con lo solicitado por el Tribunal. Estos Estados corren el riesgo de verse condenados por el Tribunal por incumplimiento de sus obligaciones a la luz del artículo 34 del Convenio (demanda individual).

v-DURACIÓN

No es posible indicar un tiempo de duración del procedimiento ante el Tribunal.

El Tribunal se esfuerza en que las demandas sean tratadas en el plazo máximo de tres años desde su presentación, pero el examen de ciertos asuntos puede exigir más tiempo y otros ser tratados con mayor celeridad.

La duración del procedimiento ante el Tribunal varía obviamente en función del asunto, de la formación a la que éste se atribuye, de la diligencia de las partes en facilitar la información al Tribunal y de muchos otros factores como, por ejemplo, la celebración de una vista o el reenvío del asunto ante la Gran Sala.

Ciertas demandas pueden ser calificadas como urgentes y ser tratadas de forma prioritaria, lo que sucede, especialmente, cuando se sospecha de un peligro inminente para la integridad física del demandante.

vi-RESOLUCIÓN DE LOS ASUNTOS. DECISIONES Y SENTENCIAS

Las decisiones son generalmente dictadas por un juez único, un Comité o una Sala del Tribunal. Éstas versan exclusivamente sobre la admisibilidad de la demanda y no sobre el fondo. Por regla general, las Salas llevan a cabo un examen simultáneo de la admisibilidad y el fondo de las demandas; así pues, dictan sentencias.

Las sentencias de violación son obligatorias para el Estado condenado que debe, por tanto, ejecutarlas. El Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa el cumplimiento de las sentencias y, especialmente, que las sumas de dinero que el Tribunal concede a los demandantes en concepto de reparación por el perjuicio que hayan sufrido sean efectivamente satisfechas.

Cuando el Tribunal condena a un Estado y constata que el demandante ha sufrido un perjuicio suele conceder a éste una satisfacción equitativa, esto es, una suma de dinero a título de compensación por los daños y perjuicios sufridos. Corresponde al Comité de Ministros comprobar que dicha indemnización es efectivamente satisfecha al demandante.

El Tribunal ha desarrollado en los últimos años un nuevo procedimiento para dar respuesta al flujo masivo de demandas sobre problemas similares, llamados también sistémicos porque tienen su origen en una inadecuación del derecho nacional al Convenio.

Este procedimiento consiste en examinar una o algunas de las demandas difiriendo, esto es, retrasando el examen del conjunto de asuntos similares. Al dictar sentencia en un caso piloto, el Tribunal invita al Gobierno condenado a adaptar su legislación al Convenio indicándole, en términos generales, las medidas a adoptar. Es entonces cuando trata los asuntos similares.

Los jueces pueden expresar su opinión sobre cualquier asunto en cuyo examen hayan participado. Dichas opiniones se publican junto a la sentencia en cuestión. En ellas los jueces explican los motivos por los que han votado con la mayoría, lo que se conoce como opinión concurrente o, al contrario, los motivos por los que no comparten la opinión mayoritaria, lo que se conoce como opinión disidente.

vii-RECURSOS

Las decisiones de inadmisibilidad, así como las sentencias dictadas por un Comité o por la Gran Sala son definitivas y no puede recurrirse contra ellas. Por el contrario, las partes pueden, en el plazo de tres meses desde el pronunciamiento de una sentencia de Sala, solicitar el reenvío del asunto ante la Gran Sala para un reexamen del mismo. La solicitud de reenvío ante la Gran Sala es examinada por un grupo de jueces que decide sobre su pertinencia.

viii-EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Cuando se pronuncia una sentencia de violación del Convenio, el Tribunal transmite el expediente al Comité de Ministros del Consejo de Europa que establece con el país condenado y con el servicio de ejecución de sentencias la manera de ejecutar dicha sentencia y de prevenir cualquier otra posible vulneración idéntica del Convenio. Esto se traduce en la adopción de medidas generales, que suelen consistir en reformas legislativas y, si es el caso, en medidas individuales. Un Estado condenado debe estar atento a fin de evitar cualquier nueva violación del Convenio pues de producirse ésta se expone a ser nuevamente condenado por el Tribunal. Los Estados pueden verse de este modo compelidos a adecuar su legislación a las exigencias del Convenio.

La ejecución de las sentencias del Tribunal por los Estados miembros que han sido condenados está supervisada por el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro. Es importante resaltar que el TEDH no es una institución de la Unión Europea, no está relacionado con ella ni por lo tanto con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TEDH es un órgano judicial que se crea en virtud del CEDH

Conforme al artículo 46 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el “Convenio”), los Estados parte se comprometen a acatar las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los litigios en que sean parte.

La supervisión de la ejecución de las sentencias definitivas corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que velará por su ejecución. Dicho Comité está asistido por el Departamento de Ejecución de sentencias. La fase de ejecución de las sentencias comprende el examen de las medidas adoptadas por los Estados para llevar a cabo la ejecución de las sentencias que declaran que ha existido una violación del Convenio. Dicha ejecución comprende no sólo el pago de las cantidades a las que haya podido ser condenado el Estado demandado, sino también la adopción de medidas, de carácter individual o general, destinadas a restablecer, si es posible, la integridad del derecho vulnerado y evitar que persistan los efectos de dicha vulneración.

27-EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, se abrió a la firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

El Convenio concretiza ciertos derechos y libertades contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y crea una jurisdicción internacional competente para condenar a los Estados que no respeten los compromisos asumidos con su ratificación.

Un Protocolo al Convenio es un texto que añade uno o más derechos al texto inicial del Convenio o modifica algunas de sus disposiciones.

Los Protocolos añaden derechos al Convenio que sólo son oponibles frente a los Estados que los hayan firmado y ratificado. La simple firma por un Estado a la que no siga su ratificación no es suficiente para obligar a ese Estado.

A día de hoy han sido adoptados 14 Protocolos adicionales.

Los Estados que han ratificado el Convenio, a los que también se les llama “Estados Parte en el Convenio”, reconocen y garantizan los derechos fundamentales, civiles y políticos, que éste confiere no sólo a sus nacionales sino también a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

El Convenio garantiza, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a un proceso equitativo, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho al respeto a la propiedad. Prohíbe, sobre todo, la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud y el trabajo forzado, la detención arbitraria e ilegal y las discriminaciones en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio.

El Convenio evoluciona gracias sobre todo a la interpretación que el Tribunal realiza de sus disposiciones. Con su jurisprudencia, el Tribunal ha hecho del Convenio un instrumento vivo, ampliando, de este modo, los derechos garantizados y ha permitido su aplicación a situaciones que resultaban imprevisibles en el momento de la adopción del Convenio.

El Convenio evoluciona también en la medida en que sus protocolos incorporan nuevos derechos, lo que sucedió, por ejemplo, con la entrada en vigor del Protocolo nº 13 relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia en julio de 2003 o del Protocolo nº 12 sobre la no discriminación en abril de 2005.

El Convenio es aplicable en el plano nacional. Ha sido incorporado en las legislaciones de los Estados Parte en el Convenio, que están obligados a respetar los derechos recogidos en el mismo. Los tribunales nacionales están, por tanto, obligados a aplicar el Convenio. Si no lo hacen, los Estados se arriesgan a ser condenados por el

Tribunal en el caso de que un particular se quejara de que sus derechos no han sido respetados.

Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

El Consejo de Europa ha elaborado los siguientes textos refundidos:

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 («Boletín Oficial del Estado» número 243, de 10 de octubre de 1979), con las modificaciones introducidas por el protocolo número 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 («Boletín Oficial del Estado» número 152, de 26 de junio de 1998).

Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952 («Boletín Oficial del Estado» número 11, de 12 de enero de 1991), con las modificaciones introducidas por el protocolo número 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 («Boletín Oficial del Estado» número 152, de 26 de junio de 1998).

Protocolo número 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 («Boletín Oficial del Estado» número 92, de 17 de abril de 1985), con las modificaciones introducidas por el protocolo número 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho

en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 («Boletín Oficial del Estado» número 152, de 26 de junio de 1998).

Para general conocimiento, se publican los mismos como anexo a esta Resolución.

Madrid, 5 de abril de 1999.—El Secretario general técnico, Julio Núñez Montesinos.

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Roma, 4 de noviembre de 1950.

Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa,

Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;

Considerando que esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal,

Han convenido lo siguiente:

Artículo 1. Reconocimiento de los derechos humanos.

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.

TÍTULO I

Derechos y libertades

Artículo 2. Derecho a la vida.

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Artículo 3. Prohibición de la tortura.

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 4. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3. No se considera como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo:

a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.

b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.

d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia

debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Artículo 7. No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito,

la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio.

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo.

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 14. Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia.

1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

Artículo 16. Restricciones a la actividad política de los extranjeros.

Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

Artículo 18. Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos.

Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

TÍTULO II

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Artículo 19. Institución del Tribunal.

Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado «el Tribunal». Funcionará de manera permanente.

Artículo 20. Número de Jueces.

El Tribunal se compondrá de un número de Jueces igual al de las Altas Partes Contratantes.

Artículo 21. Condiciones de ejercicio de sus funciones.

1. Los Jueces deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia.
2. Los Jueces formarán parte del Tribunal a título individual.
3. Durante su mandato, los Jueces no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de su independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo; cualquier cuestión que se suscite en torno a la aplicación de este párrafo será dirimida por el Tribunal.

Artículo 22. Elección de los Jueces.

1. Los Jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante.
2. Se seguirá el mismo procedimiento para completar el Tribunal en el caso de adhesión de nuevas Altas Partes Contratantes y para proveer los puestos que queden vacantes.

Artículo 23. Duración del mandato.

1. Los Jueces son elegidos por un período de seis años. Son reelegibles. No obstante, en lo que se refiere a los jueces designados en la primera elección, las funciones de la mitad de ellos terminarán al cabo de tres años.
2. Los Jueces cuyas funciones concluyan al término del período inicial de tres años serán designados por sorteo efectuado por el Secretario General del Consejo de Europa inmediatamente después de su elección.
3. A fin de asegurar, en lo posible, la renovación de las funciones de una mitad de los Jueces cada tres años, la Asamblea Parlamentaria podrá decidir, antes de proceder a una elección ulterior, que uno o varios mandatos de los Jueces que deban elegirse tengan una duración distinta de los seis años, sin que ésta pueda, sin embargo, exceder de nueve años ni ser inferior a tres.

4. En el caso de que proceda conferir varios mandatos y de que la Asamblea Parlamentaria haga aplicación del párrafo precedente, el reparto de mandatos se realizará mediante sorteo efectuado por el Secretario General del Consejo de Europa inmediatamente después de la elección.

5. El Juez elegido en sustitución de un Juez cuyo mandato no haya expirado ejercerá sus funciones hasta completar el mandato de su predecesor.

6. El mandato de los jueces finalizará cuando alcancen la edad de setenta años.

7. Los Jueces permanecerán en sus funciones hasta su sustitución. No obstante, continuarán conociendo de los asuntos que tengan ya asignados.

Artículo 24. Revocación.

Un Juez sólo podrá ser relevado de sus funciones si los demás jueces deciden, por mayoría de dos tercios, que ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo.

Artículo 25. Secretaría y refrendarios.

El Tribunal tendrá una Secretaría cuyas funciones y organización se establecerán en el reglamento del Tribunal. Estará asistido de refrendarios.

Artículo 26. Pleno del Tribunal.

El Tribunal, reunido en pleno:

a) Elegirá, por un periodo de tres años, a su Presidente y a uno o dos Vicepresidentes, que serán reelegibles.

b) Constituirá Salas por un periodo determinado.

c) Elegirá a los Presidentes de las Salas del Tribunal, que serán reelegibles.

d) Aprobará su reglamento, y e) Elegirá al secretario y a uno o varios secretarios adjuntos.

Artículo 27. Comités, Salas y Gran Sala.

1. Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará en Comités formados por tres Jueces o en Salas de siete Jueces o en una Gran Sala de diecisiete Jueces. Las Salas del Tribunal constituirán los Comités por un periodo determinado.

2. El Juez elegido en representación de un Estado parte en el litigio será miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala; en su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, dicho Estado parte designará una persona que actúe de Juez.

3. Forman también parte de la Gran Sala el Presidente del Tribunal, los Vicepresidentes, los Presidentes de las Salas y demás Jueces designados de conformidad con el reglamento del Tribunal. Cuando el asunto sea deferido a la Gran Sala en virtud del artículo 43, ningún Juez de la Sala que haya dictado la sentencia podrá actuar en la

misma, con excepción del Presidente de la Sala y del Juez que haya intervenido en representación del Estado parte interesado.

Artículo 28. Declaración de inadmisibilidad por los Comités.

Un Comité podrá, por unanimidad, declarar inadmisibile o eliminar del orden del día una demanda individual presentada en virtud del artículo 34, cuando pueda adoptarse tal resolución sin tener que proceder a un examen complementario. La resolución será definitiva.

Artículo 29. Resoluciones de las Salas sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

1. Si no se ha adoptado resolución alguna en virtud del artículo 28, la Sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas individuales presentadas en virtud del artículo 34.

2. La Sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas de los Estados presentadas en virtud del artículo 33.

3. Salvo decisión en contrario del Tribunal en casos excepcionales, la resolución acerca de la admisibilidad se toma por separado.

Artículo 30. Inhibición en favor de la Gran Sala.

Si el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello.

Artículo 31. Atribuciones de la Gran Sala.

La Gran Sala:

a) Se pronunciará sobre las demandas presentadas en virtud del artículo 33 o del artículo 34, cuando el asunto le haya sido elevado por la Sala en virtud del artículo 30 o cuando el asunto le haya sido deferido en virtud del artículo 43.

b) Examinará las solicitudes de emisión de opiniones consultivas presentadas en virtud del artículo 47.

Artículo 32. Competencia del Tribunal.

1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47.

2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma.

Artículo 33. Asuntos entre Estados.

Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante.

Artículo 34. Demandas individuales.

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Artículo 35. Condiciones de admisibilidad.

1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.
2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34, cuando:
 - a) Sea anónima, o
 - b) Sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.
3. El Tribunal considerará inadmisble cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34 cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.
4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisble en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento.

Artículo 36. Intervención de terceros.

1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista.
2. En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista.

Artículo 37. Cancelación.

1. En cualquier momento del procedimiento, el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar:

- a) Que el demandante ya no está dispuesto a mantenerla;
- b) Que el litigio ha sido ya resuelto, o
- c) Que, por cualquier otro motivo verificado por el Tribunal, ya no está justificada la prosecución del examen de la demanda.

No obstante, el Tribunal proseguirá el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus protocolos.

2. El Tribunal podrá decidir que vuelva a inscribirse en el registro de entrada el procedimiento cuando estime que las circunstancias así lo justifican.

Artículo 38. Examen contradictorio del asunto y procedimiento de arreglo amistoso.

1. Si el Tribunal declara admisible una demanda:

- a) Procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias.
- b) Se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso, inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus protocolos.

2. El procedimiento a que se refiere el párrafo 1.b) será confidencial.

Artículo 39. Conclusión de un arreglo amistoso.

En el caso de arreglo amistoso, el Tribunal cancelará el asunto del registro de entrada mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.

Artículo 40. Vista pública y acceso a los documentos.

- 1. La vista es pública, a menos que el Tribunal decida otra cosa por circunstancias excepcionales.
- 2. Los documentos depositados en la Secretaría serán accesibles al público, a menos que el Presidente del Tribunal decida de otro modo.

Artículo 41. Arreglo equitativo.

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

Artículo 42. Sentencias de las Salas.

Las sentencias de las Salas serán definitivas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, párrafo 2.

Artículo 43. Remisión ante la Gran Sala.

1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala.
2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general.
3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia.

Artículo 44. Sentencias definitivas.

1. La sentencia de la Gran Sala será definitiva.
2. La sentencia de una Sala será definitiva cuando:
 - a) Las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala;
 - b) No haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia, o
 - c) El colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión formulada en aplicación del artículo 43.
3. La sentencia definitiva será hecha pública.

Artículo 45. Motivación de las sentencias y de las resoluciones.

1. Las sentencias, así como las resoluciones por las que las demandas se declaren admisibles o no admisibles, serán motivadas.
2. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los Jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado.

Artículo 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias.

1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.
2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

Artículo 47. Opiniones consultivas.

1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.
2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio y sus Protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité

de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

3. La resolución del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal será adoptada por voto mayoritario de los representantes que tengan el derecho de intervenir en el Comité.

Artículo 48. Competencia consultiva del Tribunal.

El Tribunal resolverá si la solicitud de opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros es de su competencia, tal como la define el artículo 47.

Artículo 49. Motivación de las opiniones consultivas.

1. La opinión del Tribunal estará motivada.

2. Si la opinión no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, todo juez tendrá derecho a unir a ellas su opinión por separado.

3. La opinión del Tribunal será comunicada al Comité de Ministros.

Artículo 50. Gastos de funcionamiento del Tribunal.

Los gastos de funcionamiento del Tribunal correrán a cargo del Consejo de Europa.

Artículo 51. Privilegios e inmunidades de los Jueces.

Los Jueces gozarán, durante el ejercicio de sus funciones, de los privilegios e inmunidades previstos en el artículo 40 del Estatuto del Consejo de Europa y en los acuerdos concluidos en virtud de ese artículo.

TÍTULO III

Disposiciones diversas

Artículo 52. Indagaciones del Secretario General.

A requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio.

Artículo 53. Protección de los derechos humanos reconocidos.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

Artículo 54. Poderes del Comité de Ministros.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio prejuzgará los poderes conferidos al Comité de Ministros por el Estatuto del Consejo de Europa.

Artículo 55. Renuncia a otros modos de solución de controversia.

Las Altas Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el presente Convenio.

Artículo 56. Aplicación territorial.

1. Cualquier Estado puede, en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarar, en notificación dirigida al Secretario General de Consejo de Europa, que el presente Convenio se aplicará, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo, a todos los territorios o a algunos de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable.
2. El Convenio se aplicará al territorio o territorios designados en la notificación a partir del trigésimo día siguiente a la fecha en la que el Secretario general del Consejo de Europa haya recibido esta notificación.
3. En los mencionados territorios, las disposiciones del presente Convenio se aplicarán teniendo en cuenta las necesidades locales.
4. Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el primer párrafo de este artículo podrá, en cualquier momento sucesivo, declarar que acepta con respecto a uno o varios de los territorios en cuestión la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares, tal como se prevé en el artículo 34 del Convenio.

Artículo 57. Reservas.

1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una Ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.
2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la Ley de que se trate.

Artículo 58. Denuncia.

1. Una Alta Parte Contratante sólo podrá denunciar el presente Convenio al término de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para dicha Parte, y mediante un preaviso de seis meses dado en una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, quien informará a las restantes Partes Contratantes.
2. Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha Parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto.

3. Bajo la misma reserva, dejará de ser parte en el presente Convenio toda Alta Parte Contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa.

4. El Convenio podrá ser denunciado de acuerdo con lo previsto en los párrafos precedentes respecto a cualquier territorio en el cual hubiere sido declarado aplicable en los términos del artículo 56.

Artículo 59. Firma y ratificación.

1. El presente Convenio está abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa. Será ratificado.

Las ratificaciones serán depositadas ante el Secretario General del Consejo de Europa.

2. El presente Convenio entrará en vigor después del depósito de diez instrumentos de ratificación.

3. Para todo signatario que lo ratifique ulteriormente, el Convenio entrará en vigor desde el momento del depósito del instrumento de ratificación.

4. El Secretario General del Consejo de Europa notificará a todos los miembros del Consejo de Europa la entrada en vigor del Convenio, los nombres de las Altas Partes Contratantes que lo hayan ratificado, así como el depósito de todo instrumento de ratificación que se haya efectuado posteriormente.

Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General remitirá copias certificadas a todos los signatarios.

PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

París, 20 de marzo de 1952.

Los Gobierno signatarios, miembros del Consejo de Europa, Resueltos a tomar medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el título I del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (denominado en adelante «Convenio...»),

Han convenido lo siguiente:

Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del

uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Artículo 2. Derecho a la instrucción.

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción.

El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

Artículo 3. Derecho a elecciones libres.

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Artículo 4. Aplicación territorial.

Toda Alta Parte Contratante puede, en el momento de la firma o de la ratificación del presente Protocolo o en cualquier momento posterior, presentar al Secretario General del Consejo de Europa una declaración que indique la medida en la que se compromete a que las disposiciones del presente Protocolo se apliquen a los territorios que se designen en dicha declaración y de cuyas relaciones internacionales es responsable.

Toda Alta Parte Contratante que haya presentado una declaración en virtud del párrafo anterior puede, periódicamente, presentar una nueva declaración que modifique los términos de cualquier declaración anterior o ponga fin a la aplicación del presente Protocolo en un territorio cualquiera.

Una declaración formulada conforme al presente artículo será considerada como si hubiera sido hecha conforme al párrafo 1 del artículo 56 del Convenio.

Artículo 5. Relaciones con el Convenio.

Las Altas Partes Contratantes consideran los artículos 1, 2, 3 y 4 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio, y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia.

Artículo 6. Firma y ratificación.

El presente Protocolo está abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa, signatarios del Convenio; será ratificado al mismo tiempo que el Convenio o después de la ratificación de éste. Entrará en vigor después del depósito de diez instrumentos de ratificación. Para todo signatario que lo ratifique ulteriormente, el Protocolo entrará en vigor desde el momento del depósito del instrumento de ratificación.

Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Secretario General del Consejo de Europa, quien notificará a todos los miembros los nombres de aquellos que lo hubieran ratificado.

Hecho en París el 20 de marzo de 1952, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General remitirá copias certificadas a cada uno de los Gobiernos signatarios.

PROTOCOLO NÚMERO 6 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Relativo a la abolición de la pena de muerte

Estrasburgo, 28 de abril de 1983.

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (a continuación denominado «el Convenio»); Considerando que los desarrollos ocurridos en varios Estados miembros del Consejo de Europa expresan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte,

Convienen en lo siguiente:

Artículo 1. Abolición de la pena de muerte.

Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

Artículo 2. Pena de muerte en tiempo de guerra.

Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de que se trate.

Artículo 3. Prohibición de derogaciones.

No se autorizará excepción alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando el artículo 15 del Convenio.

Artículo 4. Prohibición de reservas.

No se aceptará reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo en virtud del artículo 57 del Convenio.

Artículo 5. Aplicación territorial.

1. Cualquier Estado, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, podrá designar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado podrá -en cualquier otro momento posterior y mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa ampliar la aplicación del presente

Protocolo a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Protocolo entrará en vigor, con respecto a dicho territorio, el día primero del mes siguiente a la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Cualquier declaración hecha en virtud de los dos párrafos anteriores podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada tendrá efecto el día 1 del mes siguiente a la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Artículo 6. Relaciones con el Convenio.

Los Estados Partes consideran los artículos 1 a 5 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio, y se aplicarán consiguientemente todas las disposiciones del Convenio.

Artículo 7. Firma y ratificación.

El presente Protocolo queda abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa signatarios del Convenio. Será objeto de ratificación, aceptación o aprobación. Un Estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado el Convenio simultánea o anteriormente. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

Artículo 8. Entrada en vigor.

1. El presente Protocolo entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la fecha en que cinco Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado su consentimiento de quedar vinculados por el Protocolo de conformidad con las disposiciones del artículo 7.

2. Para cualquier Estado miembro que manifieste ulteriormente su consentimiento de quedar vinculado por el Protocolo, éste entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

Artículo 9. Funciones del depositario.

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo:

- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo de conformidad con sus artículos 5 y 8.
- d) Cualquier otro acto, notificación o comunicación referente al presente Protocolo.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, en francés y en inglés, los dos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa remitirá una copia del mismo certificada conforme a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

28-BIBLIOGRAFÍA.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, págs. 55-61.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de València. Servei de Publicacions. 2011.
- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Págs. 14-15.
- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.
- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Págs.51-56.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.
- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio

2008, págs.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.
- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22,33 horas. 15/11/2013.
- LEYMAN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
- LEYMAN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.
- LEYMAN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96
- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.
- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Págs. 233-255.
- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Págs. 375-398.
- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Págs. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. "Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español". Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), págs. 91-125.
- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.
- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. "El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofructícola". Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Págs. 145 y ss.
- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.
- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.
- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), págs. 9-20.
- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.
- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.
- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).
- PÉREZ MACHIO ANA I., "Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-06.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC.Barcelona, 2007.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.
- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.
- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.
- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.
- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.
- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.
- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Págs. 9-22.

