

ACTUALIDAD

JURÍDICA

ARANZADI



19 de abril de 2001

AÑO XI Nº 482

Directora: María Socorro Pérez Ralero

Publica: EDITORIAL ARANZADI, S.A.

Carr. de Aoiz, km 3,5 - 31486 ELCANO (Navarra) - Génova, 25, 1º 28004 Madrid

SUPLEMENTO DEL REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI
SUPLEMENTO DEL REPERTORIO CRONOLÓGICO DE LEGISLACIÓN ARANZADI

Comentario

El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto

Por D.ª **Carmen Gómez Rivero**. Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Sevilla.

La incorporación del delito de acoso sexual entre los tipos que tutelan de forma específica la libertad sexual no tiene lugar hasta el Código Penal del 95 (RCL 1995, 3170). Esta figura, sin embargo, no era por completo desconocida para el legislador penal anterior. Así, ya el Código de 1973 contemplaba delitos de un innegable parentesco en el Título VII, «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», Capítulo VIII bajo la rúbrica «De las limitaciones a la libertad sexual», introducida por la reforma de 1989 (1); en concreto, el art. 383 castigaba al funcionario público que solicitare sexualmente a una per-

sona que tenga pretensiones pendientes de resolución con aquél o acerca de la cual deba evacuar informe o elevar consulta a su superior, así como en los casos en que el afectado fuese persona próxima al requerido en los términos que enunciaba el precepto; por su parte, el art. 384 contemplaba la conducta del funcionario de prisiones que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda, así como cuando la persona solicitada fuera alguna de las que mencionaba el artículo.

No puede decirse, por ello, que el delito de acoso sexual sea por completo obra del Código Penal de 1995. Lo que sí le es atribui-

Continúa en pg. 2

Tribunal Constitucional

Anuncio publicitario que contiene representación imaginaria de las características externas de un personaje televisivo que no le afecta en su dimensión personal o privada

Inexistencia de vulneración del derecho a la propia imagen

■ Ref. 482/1 [11 pgs. D.O.]

Sentencia 26-3-01 (TC Sala 2ª)

Ponente: Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer

El TC deniega el amparo solicitado por el recurrente. Reproducimos los fundamentos jurídicos de la Sentencia del TC.

Continúa en pg. 11

Tribunal Supremo

Práctica empresarial de obligar a ciertas empleadas (trabajadoras adscritas a la unidad de negocio de AVE) a utilizar falda dos centímetros por encima de la rótula y medias. No constituye discriminación

Uniforme de trabajo

■ Ref. 482/2 [12 pgs. D.O.]

Sentencia 23-1-01 (TS Sala 4ª)

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral

El TS desestima el recurso interpuesto por el sindicato contra la Sentencia del la Audiencia Nacional que desestimó la pretensión actora que alegaba infracción de los convenios colectivos de Renfe y de los arts. 14 y 28 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) y 4, 17, 66 y 82 del ET (RCL 1995, 997). Reproducimos el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia del TS.

«Cuarto.- Denuncia el último motivo "infracción del art. 14 de la Constitución, en relación con los arts. 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como el artículo 18.1 de la Constitución en

Continúa en pg. 12

SUMARIO

COMENTARIO

- El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto.....1

TRIBUNALES

- TC Sala 2ª
 - Inexistencia de vulneración del derecho a la propia imagen.....1
- TS Sala 4ª
 - Uniforme de trabajo.....1
- Juzgados de Primera Instancia
 - Vulneración de derechos de propiedad intelectual.....13

LEGISLACIÓN15

ENCUENTROS

- La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.....15
- La nueva fiscalidad internacional.....15
- III Diplomatura sobre Derecho Societario.....15

RESEÑAS ACTUALIDAD ARANZADI

- Tribunal Supremo.....14
- TSJ, Audiencias Prov., AN y otros tribunales.....7 - 10

seguro que tiene algo que decir

Rellene con sus sugerencias y/o comentarios el cupón que encontrará en páginas centrales

ARANZADI
A THOMSON COMPANY

SU OPINIÓN ES LO QUE IMPORTA...

Comentario

Viene de página 1

El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto

ble es la considerable ampliación que experimentan sus contornos típicos. Y no me refiero ya sólo a las reformas que introdujo en los tipos relativos a los funcionarios públicos (2), sino a que no fue hasta dicho Código cuando el acoso se contempla por vez primera como figura autónoma dentro de los delitos relativos a la libertad sexual, cuyo sujeto activo podía ser, por tanto, cualquiera. Y así, bajo la rúbrica del Título VIII «Delitos contra la libertad sexual», el art. 184 castigaba con una pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana al que «solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación» (3).

No obstante, la progresiva tendencia expansiva y de creciente protagonismo penal del acoso sexual no se agotaría en el estadio de su contemplación como figura autónoma. Sólo cuatro años más tarde, y tras algunos intentos de reforma que no llegaron a ver la luz, la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, daba al acoso sexual una considerable ampliación, ahora por lo

que a la descripción de las conductas típicas se refiere. Y así, junto a la figura «clásica», la del *acoso sexual jerárquico*, también llamado de *intercambio o chantaje sexual*, la Reforma introducía una segunda modalidad que se presentaba como tipo base del acoso: el que se ha dado en llamar *acoso sexual ambiental*. Se trata del acoso que tiene lugar entre iguales, entre sujetos que comparten una misma posición o, al menos, que desempeñan tareas paralelas en los ámbitos de relación laboral, docente o de prestación de servicios de que se trate, y cuyas actividades, por tanto, se desarrollan en plano de igualdad. Y así, el apartado 1 del art. 184 castiga con una pena de arresto de seis a doce fines de semana al que «solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante».

Junto a la introducción de algunas modificaciones en el delito de acoso que ya contemplaba el Código Penal del 95, orientadas básicamente a dar cumplimiento al *principio de taxatividad* (4), la Reforma de 1999 se completaba con la introducción de un apartado 3 que cualifica la pena en los casos en que cualquiera de las modalidades del acoso se hubiera cometido aprovechando la especial situación de la víctima: «cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación». Concurriendo esta circunstancia, la pena a imponer es la de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en la modalidad del apartado primero, y de prisión de seis meses a un año en la modalidad del apartado segundo.

Como puede fácilmente advertirse, el panorama que arroja este breve recorrido por las distintas secuencias de la tipificación del delito de acoso sexual no delata sino su progresiva tendencia expansiva. Y sin duda, al igual que sucede con otros tantos delitos de nuevo cuño en el Código del 95, o al menos que experimentaron en él una notable extensión, la razón de ser de la misma debe buscarse, antes que en la aparición fenoménica de las conductas, en la progresiva toma de conciencia en torno a la necesidad de su protección penal. Así, al igual que sucede respecto a delitos tan dispares como puedan ser, a título de ejemplo, los relativos a la protección del medio ambiente o el de malos tratos en el ámbito familiar, sería errado decir que la tendencia a la creciente implicación del Derecho penal en estos ámbitos se debe de forma prioritaria al incremento de las conductas que le sirven de base; un incremento tal vez propiciado, en el ámbito del acoso que ahora interesa, por la creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo. Es cierto que este dato no puede desconocerse a la hora de realizar una aproximación fenoménica al acoso sexual. Pero el mismo lo único que ha determinado es que dichas conductas estén presentes en ámbitos laborales que antes eran ajenos o al menos no tan frecuentes, simplemente porque la mujer no tenía

acceso a los mismos. Ahora bien, éste es un dato relativo al *dónde*, esto es, a *cuál* sea el escenario del acoso; no a su realidad. La existencia del acoso, el *si* del mismo, es tan antigua como la historia de la relaciones laborales. Lo único que ha cambiado es su foro: de la clásica situación de acoso en el ámbito de las relaciones de servicio doméstico, donde la persona sirviente, normalmente mujer, tenía que soportar los excesos y caprichos de quien era su fuente de ingresos, se pasa a un contexto distinto o, si se quiere, más amplio, en que el delantal se cambia por el traje, los instrumentos de limpieza por el ordenador y el recinto domiciliario por una empresa o centro de educación o de trabajo. La realidad es, sin embargo, exactamente la misma. La vejación y la humillación es tan indignante y grave en un contexto como en otro. Razones para intervenir penalmente las había tanto antes como ahora. Si no es hasta fechas recientes cuando el Derecho penal irrumpe en estas situaciones y considera que no puede permanecer impasible frente a las mismas, ello se debe simplemente a la progresiva toma de conciencia en torno a su gravedad. No es, en definitiva, más que un fenómeno de paulatina sensibilización ante el problema.

El acoso sexual era algo, pues, que parecía contar con todos los ingredientes para ensamblarse con éxito en los delitos relativos a la libertad sexual: respondía a una realidad grave, su tutela penal reflejaba una necesidad sentida, y un Código Penal que quisiera calificarse como moderno y preocupado por intervenir ante los comportamientos más graves no podía cerrar los ojos ante la misma. Hasta aquí todo parecía discurrir con la misma precisión y certeza con la que se suceden las premisas de un silogismo. Sin embargo, bastaría con que ese sentir social diera paso a un precepto en el Código Penal para que lo que aparentemente era una necesidad irrefutable se tornase de inmediato en blanco de las más encendidas diatribas, hasta el punto de presentarse como una especie de delirio esquizofrénico. Básicamente se le acusó desde el principio de ser un precepto disfuncional e ineficaz, por potenciar a la postre un efecto diametralmente opuesto al que cabalmente podría haber impulsado su razón de ser (5). En este sentido, las críticas se centraron en el efecto privilegiador de dicha calificación frente a la respuesta que podían ofrecer otros delitos que ya contemplaba el Código Penal; en concreto, el delito de amenazas y algunas formas de atentado a la libertad sexual, fundamentalmente el delito de abuso de prevalimiento. El razonamiento que late bajo esta crítica generalizada es fácil de entender: si el acoso sexual se orienta a la consecución de una relación sexual en la que el consentimiento de la víctima se obtiene mediante presión, la conducta es perfectamente reconducible a los esquemas del abuso de prevalimiento que contempla el Código Penal en el art. 181.3, ya sea en su forma intentada o consumada. De ser éste el caso, la pena resultante sería la prisión de uno a tres años o multa de dieciocho

Continúa en pg. 3

ACTUALIDAD

JURIDICA

ARANZADI

REVISTA SEMANAL

19 de abril de 2001

AÑO XI

Número 482

REDACCIÓN

Génova, 25, 1º - 28004 - MADRID

tel: 319 59 63. fax: 310 10 71

Ana Álamo (abogada), María Alfonso (licenciada en Derecho), Eva Gil (abogada), y Alicia Peral (licenciada en Derecho).

Precio de este ejemplar: 460 ptas

ACTUALIDAD JURIDICA ARANZADI no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas por sus colaboradores, ni mantiene correspondencia sobre originales no solicitados.

APP
ASOCIACIÓN
DE PRENSA
PROFESIONAL

FIPP

MIEMBRO DE LA INTERNACIONAL
DE LA PRENSA PERIÓDICA

Publicación adherida a la APP no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al diez por ciento de la paginación total.

ACTUALIDAD JURIDICA ARANZADI se sirve gratuitamente en

2001 a los señores clientes de los Repertorios Aranzadi.

Para quienes no lo son, existe una ventajosa suscripción anual al precio de 19.147 pesetas más IVA.

Los números atrasados de nuestra revista están a disposición de los lectores (salvo ejemplares agotados) al precio de 430 ptas unidad más gastos de envío.

Dirijan sus solicitudes a:

Editorial Aranzadi, SA
Carr. de Aoiz km. 3,5;
31486 - ELCANO (Navarra)

Comentario

Viene de página 2

El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto

a veinticuatro meses. De quedar en grado de tentativa, la pena resultante también podría ser superior a la que contempla el art. 184. Las dudas en torno a la utilidad de precepto parecen estar entonces más que justificadas. Para este viaje no hacían falta esas alforjas.

No es distinto el razonamiento que apunta a la disfuncionalidad que introduce respecto al delito de amenazas. El acoso, se dice, no responde estructuralmente sino a un delito de amenazas. Se trata, en efecto, de intimidar de forma explícita o implícita al sujeto al que se pide la relación, de tal forma que si no se aviene a ella peligra su estabilidad laboral o las expectativas que pudiera tener en el ámbito de las relaciones docentes o de prestación de servicios. Y es justamente esta situación de inquietud y de temor la que contempla el art. 171 al tipificar las amenazas de un mal que no constituye delito cuando son condicionales y la condición no consiste en una conducta debida. Conforme a dicho precepto, si las amenazas no llegan a cumplirse, la pena a imponer es de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, con lo que, una vez más, por esta vía la pena volvería a resultar superior que la que prevé el delito de acoso sexual. Esta distorsión parece arrastrar todos los esfuerzos ensayados por la doctrina para acoplar racionalmente la previsión del acoso con el delito de amenazas a un callejón sin salida que resulta realmente desesperante. Y si realmente las críticas anteriores tuvieran razón, esto es, si realmente el delito de acoso no añadiese nada que no estuviera previsto ya en el Código Penal; y, lo que es más grave, si más allá de ello el efecto punitivo que produjese fuera perturbador, por distorsionante y contrario no ya sólo al sentido común sino al principio básico de *proporcionalidad*, la conclusión sería realmente desoladora. Porque sólo podría llegarse a dos interpretaciones alternativas, a cual más frustrante y desalentadoras: o el legislador ni siquiera ha sido consciente del contrastante que estaba generando o, segunda posibilidad, su preocupación sólo ha sido el fruto de uno de los móviles más espurios que puede impulsar a un legislador: el de crear un tipo penal ficticio, sin posibilidades reales de aplicación práctica, cuya función sea única y exclusivamente saciar en vano la conciencia y necesidad social en torno a la incorporación de una figura delictiva que haga frente a ese tipo de relaciones. Se trataría simplemente del tan denostado Derecho penal simbólico. La decepción no podría ser mayor.

Pero, lógicamente, esta conclusión y las consiguientes críticas doctrinales sólo son válidas si también lo son las premisas sobre las que descansan. Dicho de otro modo, el delito de acoso sexual sería un mero espejismo si realmente estuviera solapándose con espacios propios que ya cubren —y de forma más efectiva— otros delitos de la Parte Especial. Sin embargo, anticipando en buena medida conclusiones, me parece que las críticas que se han precipitado sobre esta figura delictiva encuentran su origen en la inversión de un razonamiento que, curiosamente, no encuentra parangón con relación a ningún tipo de la Parte Especial:

primero se afirma que el delito reproduce a otros y, a partir de ahí, se le niega toda utilidad. El razonamiento sería impecable si no fuera porque es justamente el opuesto al que impone cualquier lógica jurídica. Porque lo que hay que comprobar ante todo es, justamente, si aquel delito no tiene un ámbito propio de aplicación, en definitiva, cuál es el bien jurídico que sirve de telón de fondo a las distintas conductas. Sólo cuando se sepa qué es lo que realmente tutela el delito de acoso sexual, tiene sentido emitir un juicio en torno a su utilidad o, por el contrario, considerarlo como un despropósito o incluso exacerbar la crítica hasta presentarlo como el fruto de un auténtico «fraude».

En esta tarea de indagar cuál pueda ser el bien jurídico tutelado en el acoso sexual, ya de entrada el legislador parece ofrecer algunas claves que en cierta medida apuntan a una divergencia respecto a la tutela de lo que sería un atentado concreto a la libertad (amenazas) o, de forma específica, a la libertad sexual (abuso de prevalimiento consumado o intentado). Porque no ya sólo semánticamente, sino también en su plasmación normativa, el acoso ni siempre tiene que cometerse por medio de una amenaza ni el resultado en que se plasma tiene por qué reconducirse necesariamente a un atentado a la libertad sexual de los que ya reconocía el Código; en concreto, un delito de abuso de prevalimiento. A lo primero apunta la propia dicción legal, cuando tras la Reforma operada por la LO 11/1999 se requiere como resultado del acoso que se produzca una situación «objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante». Es cierto que a una situación gravemente intimidatoria tiene que llegarse por la vía de una amenaza; no lo es ya, sin embargo, que también éste deba ser el cauce que aboque a una situación hostil o humillante. Dicha hostilidad puede perfectamente tener su origen en una solicitud reiterada entre compañeros que no produce un efecto intimidante, porque ni se amenaza ni se puede amenazar con nada, sino que, simplemente, como dice el propio legislador, da paso a una situación que humilla o que resulta hostil para quien la padece.

Otro tanto se puede decir de cuanto se afirmaba más arriba en torno a que la realidad que se oculta tras el acoso no tiene que materializarse siempre, ni siquiera por qué tender a materializarse, en un atentado contra la libertad sexual de los que ya contemplaba el Código. Como es sabido, existe una elaboración doctrinal bastante sólida que requiere la concurrencia de determinadas circunstancias para que los actos de contenido sexual puedan reconducirse a un delito de abuso. Así, por ejemplo, se apunta a la exigencia de un contacto corporal, vía por la que quedan fuera del ámbito típico del abuso (e igualmente de la agresión sexual) conductas como solicitar a alguien mayor de edad que contemple actos exhibicionistas, o que escuche relatos o fantasías eróticas, por citar sólo algunos actos que no encontrarían acogida en el ámbito típico del abuso. Y sin embargo, las mismas pueden reconducirse perfectamente al objeto de la «solicitud de favo-

res de naturaleza sexual» a que se refiere el Código Penal en el art. 184.

Es más, según entiendo, incluso en los casos en los que en la dinámica comisiva del acoso pudiera advertirse una amenaza, así como en aquellos otros en los que la conducta que se solicita pudiera reconducirse finalmente a un delito de abuso, tampoco podría decirse que el bien jurídico que está en su base focalice el mismo que aquellos delitos. De hecho, por lo que se refiere al abuso sexual, basta reflexionar una vez más sobre los términos en los que el legislador materializa el resultado lesivo del acoso para advertir la divergencia de sus respectivos injustos: una «situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante» requiere el art. 184, situación que, como es sabido, puede tener lugar en el marco contextual de una relación entre compañeros de trabajo. Bien, pues dejando al margen una vez más los casos en que la situación sea intimidatoria, en aquellos otros en que resulte hostil o humillante, son perfectamente imaginables supuestos que evidencian de forma palmaria que el bien jurídico protegido no es, o al menos no de forma prioritaria, la libertad sexual. Baste pensar en aquéllos en los que una trabajadora de unos grandes almacenes se limita a recibir continuos requerimientos sexuales por parte de un compañero de trabajo. Decir que en tales casos peligra siempre y en primer término la libertad sexual me parece que es desconocer la realidad misma de las cosas. Bien es cierto que el requerimiento tiene contenido sexual. Pero ello ni significa ni tiene por qué significar que se ponga en peligro la libertad sexual del destinatario. Éste puede tener totalmente claro que nunca va a acceder a la petición, entre otras cosas, porque quien se la plantea no tiene medios para constreñirle poderosamente a la misma. Es más, no va a acceder porque en estos casos en los que no media la intimidación, la actitud de ceder a los requerimientos ni siquiera es un medio adecuado de poner fin a los mismos. Al contrario, lo normal es que aunque la víctima se avenga a lo que se le pida no cesen los posteriores requerimientos. ¿Dónde está el peligro de ceder a una relación sexual cuando ni hay elementos para que la víctima se vea seriamente constreñida a hacerlo ni siquiera evite la situación de acoso al acceder al requerimiento? Afirmarlo sin más sólo sería posible confundiendo lo que es una petición de contenido sexual con la implicación de la libertad sexual de destinatario.

Lo anterior me parece que pone en la pista para descubrir cuál es el bien jurídico que se ve afectado por las conductas de acoso. Dicho bien jurídico, dicho sea de paso, no sólo tendrá que dotar de racionalidad a la incorporación en el Código Penal de un precepto específico que lo tutele, sino ya antes, que explicar la razón por la que el sentimiento lego se inclina indefectiblemente en tal sentido, un sentir que casi siempre está cargado de un suero de sabiduría instintiva que difícilmente suele equivocarse o conducir a necesidades huera. A mi juicio, el hilo conductor del acoso sexual y el que lo dota de racionalidad como figura autónoma sólo puede captarse cuando se su-

Continúa en pg. 4

Comentario

Viene de página 3

El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto

para la miope contemplación del concreto atentado en que se materializa el requerimiento, ya sea a la libertad en general o a la libertad sexual en concreto (6), y se focaliza la situación de atentado a la *dignidad y seguridad* que se proyecta en el tiempo, hasta el punto de que su origen o su causa última o primera no son más que el *por qué* de la situación, pero no la situación misma. A la comprensión de la dignidad como el bien jurídico que justifica la existencia del acoso apuntaba ya a nivel internacional una Recomendación de la Unión Europea de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad del hombre y la mujer en el trabajo. Se trataría de proteger, por tanto, no sólo la libertad sexual, ni siquiera la libertad en abstracto, sino también, y sobre todo, los derechos inherentes a la *dignidad* de la persona y al *libre desarrollo de su personalidad*, así como su *seguridad*.

En este orden de ideas, para la comprensión del bien jurídico del acoso sexual tal como aquí se entiende me parece que puede ser útil manejar un delito que, si bien en un ámbito completamente distinto, comparte con el que ahora interesa el dato de desbordar la óptica de la contemplación aislada de los actos que le dan vida. Me refiero al delito de *malos tratos*. Cuando se afronta su estudio y su razón de ser, suele existir un consenso doctrinal generalizado en torno a que obedece a la necesidad de valorar desde una perspectiva más amplia la situación de *vejación y humillación* que conlleva la reiteración de atentados a la integridad física o psíquica en el ámbito familiar (7). Es, por ello, un delito que si bien se construye a partir de actos lesivos a la integridad física o psíquica, es mucho más que eso. Exactamente igual entiendo que sucede con el delito de acoso sexual. Es éste, en efecto, un delito que guarda un innegable parentesco con los delitos contra la libertad en general, así como con los relativos a la libertad sexual. Pero también aquí el acoso es mucho más que eso. Porque también aquí el clima que contextualiza a la realización típica determina que el objeto de protección del acoso desborde la mera contemplación de los actos aislados para entroncar con los conceptos más amplios de *dignidad, bienestar, seguridad y tranquilidad*, cuya tutela supera a la de los atentados concretos a la libertad que llegaran a producirse. En este sentido, y por seguir con el paralelismo respecto al delito de malos tratos, el hecho de que en la Reforma operada por la LO 11/1999 se suprimiera la referencia a «situaciones análogas» a la laboral o docente, para concretar que tiene que ser laboral, docente o de prestación de servicios, no sólo vino a satisfacer en abstracto las exigencias del principio de taxatividad. A mi juicio, vino a acotar y a precisar las situaciones en las que se legitima el recurso al Derecho penal para proteger dicho bien jurídico, de la misma forma que el art. 153 CP acota las relaciones familiares en las que considera justificado recurrir al Derecho penal para reprimir la violencia doméstica.

Ni que decir tiene que la interpretación propuesta va a tener importantes consecuencias

concursoales que reservo para el final de este trabajo. Antes de abordarlas me gustaría destacar que la comprensión del bien jurídico desde estas coordenadas condiciona igualmente de principio a fin la interpretación de los elementos del tipo. De ello me ocupo a continuación.

Los elementos típicos del delito de acoso sexual

Según se vio, desde la Reforma operada por la LO 11/1999, el Código Penal contempla dos modalidades de acoso sexual: el llamado *acoso sexual ambiental* (art. 184.1) y el *acoso sexual de intercambio o chantaje sexual* (art. 184.2). Por encima de sus diferencias, ambas variantes se construyen a partir de una serie de elementos típicos que pergeñan su denominador común. Básicamente, dichos elementos pueden reconducirse a tres: la *acción típica*, el *referente* de la misma y el *resultado* que produce.

En primer lugar, por lo que a la *acción típica* se refiere, el legislador especifica que tiene que consistir en una solicitud: «el que solicitare favores de naturaleza sexual», dice el art. 184 CP. Con ello viene a dejar al margen del ámbito de las conductas conminadas con una pena los supuestos en los que el atentado a ese bien jurídico que se ha cifrado en la dignidad del sujeto traiga su causa de conductas físicas o de ofensas verbales que no van seguidas de una petición, siquiera tácita. Por lo que a lo primero se refiere, la exigencia de solicitud de requerimiento deja fuera los casos en los que la conducta consiste en actos físicos, como roces o tocamientos, que se agotan en sí mismos; esto es, cuando no pueden interpretarse como una solicitud al menos implícita de una relación sexual ulterior. Para castigar esos actos, si es que llegan a tener entidad suficiente, ya existen los tipos relativos a las abusos o agresiones (8). La merma a la dignidad que representen no es el espacio que pretende castigar el acoso sexual. Distintos habrían de valorarse esos mismos roces o tocamientos cuando implícitamente van orientados a la consecución de una conducta sexual ulterior. Sirva de ejemplo el caso enjuiciado por la STS de 23 de junio de 2000, en el que el que el sujeto activo llama a la puerta del vestuario de la víctima, le exhibe una pistola con expresión sarcástica y en una ocasión llega a tocarle una nalga y en otra a introducirse en el vestuario y darle un beso.

Por otra parte, y es algo que enlaza con la interpretación del bien jurídico que aquí se ha sostenido, el acoso sexual, para poder considerarse como tal, requiere que la solicitud se formule de forma *reiterada*. Porque sólo cuando el acoso desborda un acto puntual de intimidación para proyectarse de forma continuada en el tiempo puede decirse que el bien jurídico afectado entronca con los conceptos más amplios de *dignidad, seguridad, tranquilidad y bienestar* que, según se viene afirmando reiteradamente, son los que dan sentido a la tutela penal del delito de acoso. No obstante, esta exigencia, que en el orden laboral se ha

acogido apenas sin discusión en los pronunciamientos jurisprudenciales (9), no se contempla de forma expresa en el Código Penal. No es por ello de extrañar que dicha ausencia haya dado pie a que alguna sentencia en el ámbito penal reconduzca al delito de acoso supuestos en los que, sin embargo, falta dicha proyección de continuidad y en los que el bien jurídico afectado, por ello, no es ya tanto la *dignidad y tranquilidad* del sujeto pasivo como la lesión de un aspecto concreto de su libertad. Es lo que sucede en la Sentencia de 21 de septiembre de 1998, de la Audiencia Provincial de Murcia, en la que se enjuiciaba la conducta del superior que propone a una empleada que «tenga media hora tonta con él y que entonces tendría contrato de trabajo», y a otra trabajadora que fuese a tomar unas copas con él, añadiendo que después harían «eso», y que «ya sabía a lo que se refería, que no era tonta y no se chupaba el dedo», requiriéndole una respuesta y de ser positiva, «lo tendría todo en la empresa», y de ser negativa «no tendría nada». Pese a que sólo hubo un requerimiento respecto a cada una de las trabajadoras, el Tribunal aprecia un delito de acoso sexual en lugar de los correspondientes delitos de amenazas, desconociendo así, a mi juicio, la especificidad de esta figura delictiva, que sólo puede residir en la reiteración de la solicitud de actos de contenido sexual. Ciertamente el empleado realizó sendos requerimientos a dos trabajadoras; pero si algo está claro es que el acoso no tiene ni puede tener la función de criminalizar —y menos aún con una pena inferior— las amenazas «en masa».

En segundo lugar, decía, otro de los elementos comunes a las dos modalidades delictivas que tipifica el art. 184 CP es el relativo a los actos que son *objeto* del requerimiento. Según se vio, el legislador, utilizando, dicho sea de paso, una expresión un tanto desfasada, se limita a referirse a la solicitud de «favores de naturaleza sexual», pero sin especificar en modo alguno la naturaleza de los actos que pueden integrar esos favores. Con esa escueta expresión, lo único que queda claro es que la solicitud debe revestir contenido eminentemente sexual. Ello expulsa inmediatamente del ámbito típico requerimientos que sólo indirectamente lo implican. Baste pensar en las propuestas reiteradas de matrimonio o incluso en las de realizar un viaje de fin de semana en el que el mantenimiento de relaciones sexuales aparece como una simple posibilidad.

Más allá de esa exigencia básica y casi ociosa en torno al contenido sexual del acto, lo cierto es que el legislador no precisa nada más acerca de la entidad que deba tener, un silencio que inevitablemente plantea la cuestión en torno a la gravedad o intensidad que debe revestir. En ese esfuerzo por delimitarla, me parece que no es difícil incurrir en un apresurado razonamiento que bien pudiera propiciar la propia dicción literal del precepto. Porque dado que el Código exige siempre que la solicitud dé paso a una situación intimidatoria, hostil o humillante que califica como «grave», pudiera deducirse que

Continúa en pg. 5

Comentario

Viene de página 4

El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto

esa adjetivación de la situación que produce marca el baremo con el que mensurar la relevancia penal de la conducta. A mi juicio, sin embargo, dicha interpretación sólo sería posible si se confundiera lo que es la situación que origina el atentado a la dignidad con la gravedad de éste; dicho con otras palabras, si se identificase la causa del atentado con el atentado mismo. Es cierto que lo frecuente será que requerimientos de actos sexuales de gran entidad den paso con facilidad a una situación «gravemente» vejatoria. Sin embargo, nada impide excepcionar el reverso de la dirección del razonamiento y admitir que también la solicitud de actos de contenido menos grave puede dar paso a una situación intimidatoria, hostil o humillante grave y, en definitiva, según aquí se interpreta, a una merma grave de la dignidad del destinatario del requerimiento. Baste pensar en los casos en que existe una solicitud reiterada de actos de exhibicionismo, que pueden ir desde la mera petición de contemplar la desnudez de quien los solicita hasta de presenciar los actos de contenido sexual que realice sobre sí mismo. Como es sabido, justamente por la menor gravedad de éstos actos, salvo que el sujeto pasivo fuese un menor de edad o incapaz, su realización es, en general, atípica. Sin embargo, la petición reiterada de los mismos puede determinar perfectamente una situación atentatoria a la dignidad y tranquilidad del sujeto que, como tal, en sus resultados, no diferiría de la que pueda producirse cuando la solicitud se refiere a un requerimiento de un acto sexual que pudiera adjetivarse como grave.

El tercer elemento común a ambas modalidades delictivas es la exigencia, ya tantas veces referida, de que a consecuencia de la solicitud del sujeto activo se produzca en el destinatario una situación «objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante». Tal vez sólo deba añadirse ahora que la exigencia de gravedad que el legislador se preocupa de objetivizar no puede desprenderse de elementos vinculados a la personalidad del autor. Porque casi ni que decir tiene que son perfectamente imaginables situaciones que desde una perspectiva objetiva pueden calificarse como tales y, sin embargo, por consentidas o toleradas, deban permanecer al margen de la intervención penal. Por ello, si no se quiere llegar a situaciones cuanto menos absurdas, habrá que interpretar que justamente la situación de objetividad que requiere el legislador lo que viene a la postre es a incorporar a la valoración un elemento eminentemente subjetivo: que la víctima haya manifestado su oposición a la relación y, pese a ello, los requerimientos continúen. Porque sólo cuando la situación se tamiza a la luz de la voluntad de la víctima tiene sentido comenzar a cuestionar el posible ataque a la dignidad y seguridad del sujeto pasivo.

A partir de estos tres elementos básicos, el Código Penal diferencia las respectivas modalidades de acoso de intercambio y de acoso ambiental.

Posiblemente haya que esperar una nueva Reforma —algo que en un ámbito como éste, construido a golpe de modificaciones, no es nada de extrañar— para que el legislador despeje definitivamente las dudas que despierta el delito de acoso. Y desde luego, si no lo hace, ya sea por dejadez o porque ni siquiera sea consciente de la necesidad de hacerlo, y con ello se consolida la interpretación de la escasa praxis jurisprudencial así como de la doctrina, habrá que darle la razón a aquéllos que acaban una y otra vez en un desesperante callejón sin salida cuando intentan engarzar el delito de acoso con otros preceptos del Código Penal

Por lo que se refiere a esta última, incorporada como ya se apuntó por la Reforma operada por la LO 11/1999, se configura como la modalidad básica del acoso sexual. Es precisamente en esta modalidad en la que con más nitidez se justifica la exigencia de alguno de los requisitos que se enunciaron más arriba con carácter general; en concreto, la exigencia de la reiteración de actos sucesivos a la primera negativa del destinatario. Porque no puede olvidarse que en esta modalidad el sujeto activo no condiciona ni puede condicionar el futuro del destinatario de la propuesta. De considerarse suficiente un solo acto, una sola solicitud, para dar paso a la situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante, se estaría utilizando el Derecho penal en un ámbito en el que está claro que no tiene nada que decir: el de la suerte que siga a una propuesta que, en principio, es tan lícita como una relación sexual entre compañeros y, en definitiva, el de la fortuna o fracaso del requerimiento. Para esas batallas no puede acudir al Derecho penal.

Mayor es la tradición que acompaña a la conducta contemplada en el apartado segundo del art. 184: el *acoso sexual de intercambio o chantaje sexual*. Según se vio más arriba, los delitos que ya contemplaba el Código Penal de 1973 en el ámbito de los funcionarios públicos eran justamente una versión del mismo (10); y es esta modalidad la que se posteriormente incorpora el Código del 95 como delito autónomo en el Título relativo a los delitos contra la libertad sexual.

Su punto de partida, y el que acuña su genuino signo distintivo frente a la modalidad base del acoso sexual del apartado 1, es el dato de que se cometa «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación». Complemento de la situación de superioridad que sirve de punto de partida a este delito es el «anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación». Esta exigencia viene una vez más a

depurar el ámbito de las conductas de acoso que tengan relevancia penal y, con ello, a compatibilizar la protección del bien jurídico con la exigencia básica del respeto al principio de *intervención penal mínima*. Así, conforme a la misma, se destierran de inmediato del ámbito típico los casos en los que la negativa no incida en dichas expectativas, por mucho que exista un temor a otros males, como por ejemplo, a que la relación se vuelva especialmente incómoda a nivel de compañerismo y, en definitiva, a que en el plano de las relaciones personales «se le haga la vida imposible al sujeto pasivo». Para estos males que no afectan a las legítimas expectativas, resultan suficientes, en su caso, otros delitos de la Parte Especial del Código,

entre ellos, el que recoge el apartado primero del propio art. 184.

En este sentido, me parece criticable la Sentencia ya citada del TS de 23 de junio de 2000, en la que el Alto Tribunal aprecia el art. 184.2. En ella se enjuiciaba la conducta de un vigilante de seguridad respecto a una guarda de seguridad de la misma empresa. Según consta en el relato fáctico, dicha trabajadora fue objeto de comentarios y de actos que implicaban un sentimiento de atracción sexual hacia la misma. Entre los primeros, utilizó expresiones del orden «qué guapa eres», «estás muy buena», «dame un beso», «me gustaría echar un kiki contigo»; y entre los segundos, en una ocasión le tocó la nalga con la mano, en otra le exhibió una pistola con expresión sarcástica, otras la llamaba a la puerta del vestuario donde se cambiaba y otra vez se introdujo en el mismo dándole un beso. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de instancia y condena por un delito de acoso sexual agravado del art. 184.2. A mi juicio, sin embargo, con ello desconoce los elementos típicos de dicha cualificación, que, como se viene insistiendo, requiere el anuncio expreso o tácito de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas, para focalizar exclusivamente la situación de superioridad laboral. En la medida en que dicha amenaza estaba ausente, entiendo que los hechos deberían haberse calificado conforme al apartado primero, valorando, eso sí, la relación de superioridad a efectos de apreciar la cualificación que contempla el apartado tercero del art. 184.

Régimen concursal del acoso con otras figuras delictivas

Al comienzo de este trabajo hacía referencia a la exégesis que ha sido dominante en la doctrina y jurisprudencia que hasta la fecha se ha aproximado al delito de acoso sexual. Como entonces decía, la interpretación de que el acoso sexual no era más que una duplicación del injusto que ya podía quedar comprendido, y con pena superior, por otras figuras delictivas, básicamente el abuso y las amenazas, solía conducir indefectiblemente a una interpretación realmente desoladora: la de que el acoso sexual no era, en la práctica, sino palabras huera del legislador

Termina en pg. 6

Comentario

Viene de página 5

El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto

penal. Pero, como también entonces se decía, dicha interpretación estaba condicionada por una identificación del bien jurídico que se agotaba en la miopía del concreto atentado a la libertad que se produjese, sin atender a la realidad y dimensión más amplia en que se contextualiza. Tan pronto como se superase esa interpretación y el horizonte se ampliase a la situación de humillación, vejación e intranquilidad a la que da paso, dicha crítica perdería su sentido.

Esa misma interpretación, y es lo que ahora interesa, llevaba aparejada consigo una consecuencia inmediata en materia concursal: porque si el contenido de injusto del delito de acoso se solapa con el de otros atentados a la libertad, cuando el hecho pudiera reconducirse a un delito de amenazas o a uno de abuso sexual, habrían de aplicarse las reglas del concurso de leyes (11). No hay mejor prueba de ello que la jurisprudencia que hasta la fecha se ha ocupado de este delito siempre haya planteado en términos alternativos la calificación conforme al mismo o conforme a las amenazas o abusos. Un buen ejemplo al respecto lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 9 de febrero de 1999. Se trataba de una chica de servicio a la que se hicieron reiteradas peticiones, llegando en una ocasión a ser amenazada de despido si no accedía a las mismas. La Sentencia plantea las posibles calificaciones en régimen de relación de exclusividad: conforme a un delito de abuso e injurias o, por el contrario, por un delito de acoso sexual, pero sin plantear en ningún caso la interferencia de ambas calificaciones.

Frente a este modo de razonar, el planteamiento de dicha relación de exclusión entre delitos está llamado a decaer tan pronto como se abandone la estricta comprensión del bien jurídico en términos de atentado a la libertad personal para identificarse, tal como aquí se ha propuesto, con los conceptos más amplios de *dignidad, seguridad, tranquilidad y bienestar*. Porque entonces, de

forma paralela a lo que sucede con el delito de malos tratos, el contenido de injusto de los respectivos tipos delictivos en modo alguno se solapan, sino que se complementan. Como afirmaba líneas más arriba, desde esa perspectiva, el delito de acoso sexual, si bien puede integrarse por una amenaza o una tentativa de abuso de prevalimiento, desborda con creces su contenido de injusto hasta el punto de focalizar un bien jurídico propio que se desliga por completo del que protegen aquellos delitos. A partir de estas premisas, y es el corolario de la interpretación que se ha sostenido, nada habría de objetarse a la posibilidad de apreciar un concurso ideal de delitos entre el acoso sexual y los atentados que adicionalmente llegaran a producirse cuando los mismos tuvieran la consideración de delitos (12).

Llegados a este punto, no puede dejar de subrayarse la impresión que en el fondo deja la ley en torno a su falta de claridad y precisión, una confusión que acaba empañando la nitidez de las razones que tal vez sólo instintivamente arrastraron al legislador a tipificar este delito en sintonía con una necesidad político-social que líneas más arriba calificaba como plena de razón. Y es que, en efecto, queda la sensación de que el legislador sabía instintivamente lo que estaba tipificando, sentía la necesidad de castigar algo cuyo contenido de injusto de otra forma nunca iba ser abarcado por otras calificaciones alternativas. Pero, sin embargo, por falta de precisión a la hora de tipificarlo, o incluso por su propia confusión, ese intento se le acababa yendo de las manos o, al menos, no consigue plasmarlo de forma que elimine confusiones que de otra formas la experiencia ha mostrado como inevitables. Sin embargo, habría bastado con que el legislador hubiera introducido dos adiciones en el artículo para que desterrarse cualquier atisbo de confusión. La primera de ellas habría sido tan fácil como incorporar a la dicción del

precepto un requisito que está presente en el delito de malos tratos: el de la *habitualidad*. Habría bastado, en efecto, con requerir desde la letra de la ley la reiteración de los actos de solicitud para subrayar la dimensión del bien jurídico que dota de sentido a la incriminación del acoso, un bien que desborda la contemplación aislada de los actos mediante los que se cometa o en los que pueda traducirse. Pero en segundo lugar, y sobre todo, habría sido decisivo introducir una *cláusula concursal* que despejase expresamente las dudas en torno a la relación del acoso con otros tipos delictivos. La ausencia resulta aún más clamorosa cuando se repara en que desde el Código del 95 el legislador incorpora un art., el 445, que prevé una cláusula concursal para los casos en que el acoso sexual se realice por parte de un funcionario público. Conforme a la misma, «las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de la que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

Posiblemente haya que esperar una nueva Reforma —algo que en un ámbito como éste, construido a golpe de modificaciones, no es nada de extrañar— para que el legislador despeje definitivamente las dudas que despierta el delito de acoso. Y desde luego, si no lo hace, ya sea por dejadez o porque ni siquiera sea consciente de la necesidad de hacerlo, y con ello se consolida la interpretación de la escasa praxis jurisprudencial así como de la doctrina, habrá que darle la razón a aquellos que acaban una y otra vez en un desesperante callejón sin salida cuando intentan engarzar el delito de acoso con otros preceptos del Código Penal. Porque entonces, si esa interpretación no se corrige, el delito de acoso sexual no va a cumplir otro papel que ser un exponente más del ominoso Derecho penal simbólico y, en definitiva, una muestra más de un ingenuo o perverso brindis al sol. □

Notas:

- (1) Sobre la regulación anterior a la Reforma del 89, véase por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 7ª ed, Valencia, 1988, pgs. 721 ss.
- (2) Como la incorporación en el círculo de autores del art. 443 de la autoridad junto al funcionario, o la inclusión de los hermanos por adopción entre el círculo de sujetos a los que pueden referirse las pretensiones pendientes de resolución o respecto a las que debe evacuarse informe o elevar conducta; así como la inclusión en el art. 444 del funcionario de centros de corrección o protección de menores junto al de Instituciones Penitenciarias.
- (3) Véase al respecto MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte General*, 11ª ed., Valencia, 1996.
- (4) En concreto, la sustitución de la referencia a una situación análoga a las de superioridad laboral o docente, por la de una relación de prestación de servicios.
- (5) Entre otros, CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», en *La Ley*, 1996-6, pgs. 1631 s; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995», en *AP*, 1996, margs. 612 ss. Sobre este estado de cosas véase LARRAURI, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», en *Delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, pgs. 178 s.
- (6) Considera que es éste el bien jurídico protegido, por ejemplo, LARRAURI, *Cuadernos de Derecho Judicial 1997, ob. cit.*, pg. 183.
- (7) GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal*, julio de 2000, pgs. 67 ss.
- (8) En este sentido, no puede valorarse sino como un acierto el dato de que finalmente el legislador no haya incorporado una expresión que sin embar-
- go estuvo presente en el Proyecto de LO de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, de 1997 (BOCG 17-10-1997). Este proyecto, en efecto, no sólo contemplaba la conducta del que solicitare sexualmente a una persona, sino también la del que «realizarse con ella otros actos de significación sexual no deseados por ésta».
- (9) Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 6 de abril de 1998, en la que señala como elementos comunes a las dos modalidades de acoso sexual (chantaje sexual y acoso sexual), «una actitud persistente y abrumadora por el solicitante una vez conocida la negativa del receptor»; sentencia comentada por HAVA GARCÍA, «Últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre acoso sexual», en *Revista de Derecho social*, 1999, margs. 199 ss.
- (10) Sin duda de mucha más amplitud que el acoso del art. 184, ya que ni antes ni ahora el Código Penal de 1995 exige en ese ámbito que se produzca una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; es más, ni siquiera que medie la amenaza explícita o implícita de causar a la víctima un mal en el marco de la relación correspondiente. Al respecto, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte General*, 12 ed., Valencia, 1999, pgs. 217 ss; 952 s.
- (11) Por ejemplo, LARRAURI, *Cuadernos de Derecho Judicial 1997, ob. cit.*, pg. 194.
- (12) Distinto entiendo que habrían de valorarse los casos en los que el resultado producido es simplemente constitutivo de una falta. Porque, al igual que suele interpretarse respecto a la falta de lesiones y el delito de maltrato, su menor entidad permite considerarla parte del delito más amplio (el acoso) al que da vida.