

“ACOSO SEXUAL”

ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA
MAGISTRADO SALA SEGUNDA TRIBUNAL SUPREMO



Curso: “Delitos de Acoso”

Fecha: 12 al 14 de marzo de 2018

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO.- ARTÍCULO 184. ACOSO SEXUAL. I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ACOSO. III CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL. IV. ELEMENTOS. V. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.. 1 Estructura típica. 2. Bien jurídico. 3 Tipo objetivo. A) Acoso de ambiente. B) Acoso de prevalimiento. 4. Tipo subjetivo. 5 Autoría participación. 6. Consumación. 7. Concursos. VI.



Acoso sexual

I. Introducción.

La figura típica del delito de acoso sexual fue introducida en nuestro ordenamiento penal, por primera vez, en el Código penal de 1.995. Su redacción actual se contiene en el art. 184, tras su modificación operada por la Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril. La avalancha de críticas hacia la figura típica de la anterior redacción hizo que el legislador, en el marco de una modificación total de los delitos contra la libertad sexual, modificara su inicial redacción en la que se han corregido muchas de las críticas, acertadas, que el anterior texto presentaba. La redacción actualmente vigente ha supuesto sólo la modificación de penas operada por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

Los términos de la conducta típica son los siguientes:

Art. 184.- “1.- el que solicitare 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 provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose 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 aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a seis meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo”.

La mayoría de la doctrina acogió favorablemente la inclusión en el Código penal de 1995 del delito de acoso sexual, (Suárez Mira “El delito de acoso sexual” en poder Judicial núm. 46 afirma que la nueva tipificación “favorece la integración socio-laboral de la mujer al sentirse protegida frente a cierto tipo de ataques que la colocan en medio de una situación incómoda”), otros la discutieron, reputando la nueva tipificación como innecesaria, de escasa aplicación y de regulación inflamada por corrientes feministas (Vid. Los trabajos de Javier Oraa en “La Ley” en los delitos de lesiones y contra la libertad sexual, pág. 1348, año 1.996); y los de Enrique Orts (en “Comentarios al Código penal de 1.995”, obra coordinada por Vives Antón, pág. 951), afirmando que bastaba con el tipo penal de las amenazas para conseguir la sanción a la conducta descrita en el tipo penal. Es ésta, por otra parte, una de las principales críticas a la tipificación del acoso, la concurrencia de las dos figuras típicas con una similar

estructuración típica, con una disfuncionalidad penológica, pues a pesar de la especificidad de la amenaza, por su contenido sexual, la penalidad es menor.

Con ser cierto lo anterior, también lo es que nuestra cultura ha sido generalmente vejatoria hacia la sexualidad de los otros, en términos generales, y en la que se hace preciso la tipificación actuando como instrumento de control social y junto a otros mecanismos de ordenación social y actuar la protección del bien jurídico, la dignidad y la indemnidad sexual de quienes entren en ámbitos de relación que pueden generar situaciones, en ocasiones, conflictivas.

Acoso=prisión de 3 a 5 meses o multa diaria de 1 a 5 euros

Estas situaciones, fácilmente representables en nuestra mente, evidencian la necesidad de la tipificación que se acrecienta cuando a estas situaciones se añade la nota de jerarquía o subordinación en las que el prevalimiento se integra como nota esencial del acoso.

La colisión del precepto con otros principios como el de intervención mínima deberá ser objeto de un análisis especial dada las dudas que puede plantear, máxime cuando el propio ordenamiento prevé remedios para la defensa del perjudicado en situaciones como las que se describen en el tipo penal del acoso. Así el Estatuto de los trabajadores prevé sanciones disciplinarias y el Código penal, igualmente, prevé conductas típicas, como las de las amenazas, coacciones y los malos tatos degradantes, constitutivos de delito o de falta, que permiten una adecuada respuesta al ilícito penal que se describe.

II.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ACOSO

Como antecedentes de la tipicidad destacamos que en 1980, Estados Unidos aprueba las líneas directivas elaboradas por la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo, tendentes a asegurar la libertad de los trabajadores y su no discriminación por razón del sexo o conducta sexual. La Unión Europea aprobó el 27 de noviembre de 1991 una Recomendación relativa a la protección de la integridad de la mujer y el hombre en el trabajo. Definición de acoso: Aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y el varón en el trabajo y que pueden incluir muchos comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseados.

La Atención sexual se convierte en Acoso si continua una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva. Lo que distingue a uno y otro es que el acoso es indeseado y la atención consentida y mutua.

En la interpretación del acoso sexual ha de tenerse en cuenta el contexto en el que se actúa. Ha de asumirse, en primer término, que el acoso sexual se produce en un ámbito de relaciones personales, mas aún en un ámbito de relaciones especiales, bien laborales, bien docentes o de prestación de servicios, en las que el continuo contacto personal de los miembros que las integran, a veces enmarcadas en ámbitos jerárquicos, posibilitan situaciones lesivas a la libertad. Además, es preciso delimitar claramente los contornos del comportamiento típico si no queremos llegar a criminalizar las relaciones interpersonales en los ámbitos docentes y laborales, a veces teñidas de situaciones equívocas y dudosas, y conscientes de que un mismo comportamiento en el mismo seno de la relación permite ser interpretado desde distintos sujetos, unos como una mera

actuación jocosa o desconsiderada, y otros de atentado grave a la dignidad de una persona. Ese abanico de posibles interpretaciones dependerá, en gran medida, de la concurrencia de circunstancias, de su contexto y de la subjetividad de cada interviniente.

El fundamento de su incriminación reside en criterios de oportunidad ante la frecuencia de situaciones típicas, para poner de relieve que no se trata del resultado de la provocación, sino de la nocividad de las conductas que perjudican fundamentalmente al colectivo de mujeres trabajadoras. En este sentido la organización internacional del trabajo (OIT) estima que entre 30 y el 50% los trabajadores han sido objeto en su vida laboral en diversos grados de acoso sexual. En España es instituto de la mujer, en un informe de 2006, señala que entre un 10,15 por ciento de mujeres trabajadoras ha sido objeto de algún trato acosador.

El tipo penal del acoso acoge tres modalidades distintas de acoso. En su primer 1.- párrafo, la modalidad de acoso ambiental entre compañeros de trabajo, que se centra en la solicitud sexual; 2.- en el párrafo segundo un tipo agravado que exige, alternativamente, un chantaje sexual, la solicitud acompañada del anuncio la víctima de la causación de un mal, también llamado acoso de intercambio, o 3.- la misma solicitud con prevalimiento de una situación de superioridad, acoso de prevalimiento.

4.- Una agravación por la especial vulnerabilidad por edad, enfermedad o situación.

III. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL

El Diccionario de la lengua española refiere el término acoso a la acción de perseguir, sin dar tregua ni reposo, y la de importunar a alguien. Analizaremos si esta reiteración de actos forman parte de la tipicidad, aunque anticipo que la reiteración y habitualidad se exige para la relación laboral y de prestación de servicios, no para la conducta, de manera que basta una acción de acoso, de ofensa, para integrar la tipicidad.

La Recomendación de la Comisión Europea de 1991, antes citada, aporta elementos a la concepción del acoso sexual. No es solamente una agresión a la mujer, pues el sujeto pasivo puede ser hombre y mujer; y ya no se conceptúa como un ataque, exclusivo, por razón de sexo, sino que el ataque debe afectar a la dignidad de quien la recibe, por lo que la agresión no se integra en el ámbito exclusivo de la igualdad (art. 14 CE), como si se tratase de un ataque de género, sino que afecta también a la dignidad (art. 10 y 15 CE):

- No solo mujer
- afectación dignidad. (No solo atenta a la dignidad)
- No solo jefes, también compañeros

Por otra parte, conviene destacar que el acoso sexual ya no va a ser considerado exclusivamente como un acto de poder, de su abuso, del superior, jerárquico o funcional, frente a un dependiente, sino que se va a extender a comportamientos entre compañeros de trabajo a través de la realización de agresiones que contribuyen a crear un ambiente de trabajo ofensivo, hostil o intimidatorio. El concepto de acoso sexual se integra, por lo tanto, no solo en las conductas acosadoras entre el jefe y el dependiente

sino también en aquellos comportamientos que sin expresar necesariamente una contrapartida, cuya existencia ha caracterizado tradicionalmente el acoso sexual, producen un ambiente de humillación y degradación que afectan al desempeño de un puesto de trabajo con las tensiones que naturalmente producen.

En la Recomendación de 1991 se define el acoso sexual como: “La conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecta a la dignidad de la persona en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, si:

- a) Dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de las mismas.
- b) La negativa o sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresas o trabajadores (incluidos los superiores y compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y el empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y/o
- c) Dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma; y que dicha conducta pueda ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato.

Son las tres modalidades de acoso recogidas en el tipo penal del art. 184.

El Estatuto de los trabajadores desde 1989, y también en la redacción del Real Decreto Legislativo 11/95, de 24 de enero contiene, disposiciones sobre el acoso sexual en una regulación que fue pionera en el ordenamiento jurídico español y comunitario.

IV.- Elementos

Desde los anteriores textos podemos deducir los elementos del acoso sexual.

1.- Ha de integrarse por un comportamiento o conducta (Recomendación 1991) u ofensa verbal o física (Estatuto de los trabajadores) de naturaleza sexual.

2.- Ese comportamiento, conducta u ofensa, ha de ser grave. Ello no solo por exigencia del principio de intervención mínima, sino también porque el Estatuto de los Trabajadores así lo requiere para su conceptualización.

3.- La naturaleza sexual de los comportamientos, conductas u ofensas refieren una afectación de la intimidad y de la dignidad de una persona que la recibe. Son los supuestos del art. 184.

4.- La conducta debe ir dirigida a la obtención de una contraprestación, favor sexual, y debe crear una situación objetiva de humillación, intimidación o degradación o, por último ha de ser de tal entidad, que ofenda gravemente a la persona que la recibe.

Quizás el elemento de mayor complejidad, al servicio de la gravedad, en su acreditación será el de medir la gravedad. Un baremo subjetivo, deja en manos de la

víctima su acreditación. Uno objetivo, como el del hombre medio, hace desaparecer del tipo su esencia relacional, entre el sujeto activo y el pasivo.

Probablemente será necesario una combinación de ambas para la acreditación de la conducta acusadora. En las infracciones basadas en la relación es obvio que el criterio subjetivo ha de ser tenido en cuenta para su fijación, lo que no quita que también deba ser medido con baremos objetivos.

V- ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

1.- Bien jurídico protegido

Conforme hemos señalado el bien jurídico protegido se integra por la facultad de decisión sobre la propia sexualidad junto con la intimidad y la dignidad que acompaña a la autonomía de decisión.

El Código trata mediante la tipificación de esta figura, adelantar la barrera de protección del bien jurídico a través de la punición no sólo de ofensas a la libertad sexual (acoso de chantaje), sino la protección de las condiciones de desarrollo de las relaciones laborales, docentes o de prestación de servicios “normalizados”, sin que el sujeto que en ellas actúa pueda ver comprometida su libre desarrollo, su dignidad y su intimidad por conductas y ofensas que las atentan.

2.-Sujetos.-

Especial principio por enmarcar la relación en lo haber, lo docente o la prestación de servicios.

En la tipificación del acoso el sexo de los sujetos es indiferente. Cabe tanto la solicitud heterosexual como la homosexual. El sujeto activo ha de encontrarse en una relación laboral, docente o de prestación de servicios. Esta situación convierte al delito en especial propio.

De esta consideración resultan los siguientes problemas:

-En ámbito docente, prevalimiento o chantaje (lo normal); 443 si hay relación funcional. Las situaciones de acoso sexual presupone normalmente un prevalimiento o el anuncio de un mal (relación profesor-alumno). Esto implica que la mayoría de los supuestos el acoso en el ámbito docente sea del párrafo segundo del artículo 184, pues el existente entre profesores ha de ser tenido como acoso laboral entre compañeros. En todo caso, la solicitud sexual de un profesor hacia un alumno en un ámbito de relación funcional, habrá de reconducirse al artículo 443, siempre que concurren el resto requisitos de este tipo especial, y concretamente, que la víctima tenga pretensiones pendientes de resolución por el profesor.

-El destinatario del favor sexual, puede ser ajeno a la solicitud, “para sí o para un tercero”, pues el cualquiera, el solicitante u otra persona. Esta persona que no solicita, y se beneficia del favor solicitado, puede ser tenido como coautor o ser impune a tenor de su propia conducta. Recordamos que el delito se consuma con la mera solicitud, por lo que la realización efectiva de la solicitud afecta al agotamiento.

-En el párrafo tercero del artículo se prevé una agravación por las condiciones especiales de la víctima, si es especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación. Esta relación se corresponde con el artículo 180. 3y a su contenido habrá de estarse. No se entiende muy bien esta agravación en el ámbito docente y en el laboral pues el la edad de la víctima es relevante para fijar un contexto laboral, ya que no se puede trabajar hasta los 16 años y la situación de indefensión que se contiene en el tipo agravado integra la agravante de abuso de superioridad

3. Estructura típica

Tipo objetivo

A) Acoso de ambiente. El art. 184.1 dispone: el que solicitare 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 provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante...”

El precepto determina que sujetos activos del delito de acoso a los “compañeros de trabajo”. Por ello, no exige ni prevalimiento, ni el anuncio de expreso o tácito de un mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima... En compensación el tipo penal exige la producción de una situación objetiva y grave de una situación hostil, intimidatoria o humillante. Puede consistir en cualquier tipo de actos, gestos o dichos como con un contenido sexual en el que lo relevante no es tanto la solicitud como el doblegamiento de la voluntad de la víctima. Es exigible la existencia de una solicitud sexual, pues las expresiones que pudieran reputarse de soeces y burdas, sin solicitud sexual, no son acoso, como por ejemplo, expresiones como “que polvo tienes”, “que buena estas” etc..

-Solicitud – no expresiones soeces

-No prevalimiento –No chantaje

-Producción de una situación grave y o de hostilidad, intimidación o humillación

Con esta reserva de la intervención penal sólo a aquellas ofensas consistentes en solicitud se observa el principio de intervención mínima reservando las situaciones mas graves para la punición penal.

Solicitar debe ser entendido como requerir, recabar o pedir sin que se incluya aquí la nota de prevalimiento o de jerarquía que supone la agravación del segundo apartado. El comportamiento consiste en realizar una petición a otra persona de un “favor de naturaleza sexual” que integra el contenido de la petición. El término “favor” no debe ser entendido en su acepción literal, pues no puede significar concesión o gracia, sino que el Código, empleando un contenido cargado de ironía, pretende decir lo contrario de su acepción literal.

La solicitud puede ser realizada de cualesquiera de las formas de comunicación, verbal, escrita o mímica, excluyéndose de su acepción los actos que supongan un contacto corporal que ya implicaría la realización de otros tipos penales que lo exigen, como los abusos sexuales. No obstante, en muchas resoluciones judiciales se incluyen los tocamientos como integrantes de la tipicidad del acoso, tocamientos ligeros, que dificultan la diferenciación de esta figura y la del abuso y la relación concursal con el delito de abuso sexual, que efectivamente requiere un contacto corporal.

Sobre el contenido del “favor de naturaleza sexual” se ha afirmado por parte de la doctrina que lo solicitado debe ser algo que de ejecutarse fuera constitutivo de delito (Morales Prats, García Albero en los Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, ob. Coordinada por Quintero, pag. 256). En contra, otros sector, doctrinal (Larrauri, ob. Cit. Pag. 185), para quien la anterior construcción parte de considerar al delito de acoso como un delito no autónomo, sino una fase ejecutiva de los delitos sexuales. Por mi parte creo que esta opinión es acertada. El delito de acoso sexual es cierto que anticipa la barrera de protección de la libertad e indemnidad sexual castigando las solicitudes de actos de contenido sexual, pero no puede restringirse la conducta a la solicitud de actos constitutivos de delito sino a todas aquellas conductas de solicitud que sean ofensivas al bien jurídico protegido que tengan una connotación sexual y desarrolladas en el marco de una relación especial, laboral, docente o de servicios que limitan la libertad y dignidad de quien la recibe. Esta opción permite integrar en el comportamiento típico del acoso las peticiones de exhibicionismo, de provocación sexual realizado ante mayores de edad, etc... que por sí mismos no serían constitutivos de delito, pero tienen un indudable contenido sexual subsumible en el término favor de naturaleza sexual.

La pretensión debe ser indeseada por quien la recibe, lo que resulta obvio, no sólo por resultar de la exigencia de la situación de grave humillación intimidación y hostilidad que debe provocar, lo que no concurriría de ser aceptada libremente la solicitud por el sujeto pasivo sino también de la consideración de ofensa que debe tener la solicitud proferida.

La interpretación judicial del precepto no exige una reiteración de actos como parece deducirse de la acepción semántica del término acoso al que nos referimos al inicio. Esta interpretación tiene su apoyo en que el tipo penal si exige continuidad o habitualidad para calificar la relación existente entre sujeto activo y pasivo, no para el acto del acoso. Ello propicia que quepa la consideración de delito continuado en el supuesto de solicitudes reiteradas.

2.- El Código exige, que la ofensa, en los términos analizados, se realice en un ámbito laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual.

Con esta exigencia se concreta el lugar en el que se desarrolla la conducta típica. La exigencia es lógica pues es en estos ámbitos de relaciones especiales donde se hace necesario una especial protección de los posibles sujetos pasivos. La empresa, centros docentes y la oficina son instituciones sociales donde las personas desarrollamos gran parte de nuestra personalidad sujeta a constantes manifestaciones de comunicación. La estratificación de su organización y la necesidad de su pertenencia hace que deba ser objeto de especial protección.

3.- La conducta ofensiva debe provocar una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Con esta expresión el Código ha concretado la conducta típica al requerir que de la conducta resulta la situación descrita.

Problema

Cabe discutir si esta situación es el resultado típico o, por el contrario, una condición objetiva de punibilidad. Esa determinación nos servirá para determinar si nos encontramos ante un delito de resultado o ante un delito de mera actividad.

Las condiciones objetivas 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 para la imposición de la pena.

La aplicación judicial del prefeto lo ha considerado como condición objetiva de penalidad por lo que 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 y 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. Por el contrario un sector doctrinal (Pilar Otero en “Acoso sexual”, Derecho Penal Español, parte especial páginas 632), considera que el delito es el resultado, debe provocar una situación gravemente intimidatorio, hostil u humillante, por lo que le admite formas imperfectas de ejecución.

En otro orden de cosas los términos objetivo y gravemente, restringen el ámbito de la conducta típica, reservando su aplicación a aquellos actos que produce esa condición objetiva, superando las subjetividades, para no hacer típico lo que es indeseado o meramente incómodo.

El exigir esta condición supone que la acción debe ser intimidante, ofensiva y agresora. Para valorarlo hay que referirse a la interpretación del artículo 173, el delito contra la integridad moral.

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. Ya vimos, al analizar genéricamente el acoso sexual, las dificultades en su determinación y la necesidad de optar por un baremo objetivo o subjetivo.

El Código penal 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 examinado desde la perspectiva de un hombre medio ajeno a la relación, el fantasma que tanto auxilia a los aplicadores del derecho penal, 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 humillante. A continuación, deberá examinar, si esa situación, ya objetivamente constatada es grave. Se superponen así dos elementos valorativos necesariamente teñidos de circunstancialidad, lo que a buen seguro incorporará evidentes problemas de aplicación del tipo penal.

Esa valoración 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 y que el propio tipo penal los tiene en cuenta, en su apartado tercero para agravar la penalidad.

B) Acoso de prevalimiento

El epígrafe segundo del art. 184 del Código penal prevé la figura del acoso de prevalimiento y el chantaje sexual, en lo que lo característico es que un superior, jerárquico o funcional, realice la solicitud de un favor de naturaleza sexual, prevaliéndose de la situación de superioridad, con el ánimo expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pudiera tener en el ámbito de la relación.

Destaquemos sus elementos.

1.- Comportamiento consistente a la solicitud de un favor de naturaleza sexual. Este elemento coincide sustancialmente con lo manifestado en el epígrafe primero del precepto, que integra la ofensa, en la modalidad de acoso de intercambio, a la que se ha aludido doctrinalmente.

2.- La situación de superioridad laboral, docente o jerárquica. Es elemento esencial de esta modalidad.

Para su determinación es preciso atender no a la jerarquía laboral o docente sino a la situación de superioridad que pueda ser aprovechada para la realización de la ofensa de naturaleza sexual definida en el tipo penal.

Morales Prats y García Alberó (ob. Cit. Pag. 257) y Orts (ob. Cit. Pag. 953) afirman que en estos casos no se produce una situación objetiva de superioridad, por lo que entienden no es de aplicación el tipo penal.

A mi juicio, lo que el Código determina como supuesto típico es la existencia de una situación de superioridad, no una relación objetiva de superioridad. Si interpretamos el texto “situación de superioridad”, como relación objetiva de superioridad, realizaremos una interpretación en exceso restrictiva del texto penal, limitando su aplicación a situaciones de jerarquía formalmente expuesta en el cuadro de la empresa, oficio o centro docente. La situación de superioridad abarca la de aquellas personas que, en el ámbito de las relaciones descritas, ostentan una situación de superioridad derivada no sólo de un escalafón, o situación formal de superioridad, sino también a aquellas otras que, por el desempeño de funciones en los ámbitos señalados, ostentan cierta superioridad. Supuestos clásicos, como el compañero de trabajo a quien corresponde repartir tareas o funciones en el seno de la empresa, o a quien le corresponde, en función de una representación, determina condiciones de trabajo, etc... pueden ser incluidos en este epígrafe del artículo 184 sin incurrir en una interpretación extensiva del precepto.

La situación laboral, docente o jerárquica no debe ser interpretada en sus términos literales que lleve a excluir de la tipicidad aquellas conductas ofensivas realizados con anterioridad a la relación. Es el caso de aspirantes que pueden ser sujetos pasivos de un acoso sexual en una relación que si no es estrictamente laboral o docente,

si participa de su naturaleza, en un estado previo a la propia relación, pero con ocasión de ella. De no entenderlo así estos aspirantes quedarían al margen de toda protección por el ordenamiento jurídico, pues no lo es de aplicación el ordenamiento laboral ni el administrativo.

3.- Anuncio expreso o tácito, de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación.

Constituye el denominado acoso por chantaje sexual.

Real, previo a la solicitud:

El mal que se anunciaría debe ser real, lo que evidenciaría importantes problemas probatorios, aunque pueda ser expreso o tácito y debe ser emitido por quien tiene capacidad para causarlo, por si o por persona interpuesta en los términos antes señalados.

El mal debe ser anunciado previamente o coetáneamente a la solicitud. Otra consideración, que permitiera un anuncio posterior a la solicitud, haría que la misma jugada como venganza lo que es ajeno a la tipicidad exige un doblegamiento de la voluntad.

El principio de intervención mínima exige, además, que el mal sea grave.

Directo a la víctima:

El Código exige que el mal denunciado tenga por destinatario directo a la víctima, excluyendo de la tipicidad, a mi juicio erróneamente, el mal anunciado a terceras personas. Carmen Salgado (ob. Cit. Pag. 333) pone el ejemplo de despido a un familiar si no se accede a la solicitud. Esta concreción del destinatario deja fuera de la tipicidad a situaciones que pueden ser corrientes en el ámbito de relaciones laborales, docentes o jerárquicas, pero es la interpretación que resulta al señalar que el mal está relacionado con las legítimas expectativas en el ámbito de la relación.

Se ha discutido en la doctrina si el anuncio del mal típico puede ser equiparado al anuncio de un bien, por ej: una mejora salarial etc... Orts. (ob. Cit. Pag. 951) afirma su atipicidad. Entiendo, por el contrario, que el anuncio de un bien condicionado a la solicitud supone que en caso de negación se convierte en un mal relacionado con las legítimas expectativas de quien la recibe.

Legítimas expectativas:

Mayor problemática plantea el análisis de lo que debe entenderse por legítimas expectativas. En la dificultad convergen distintas situaciones y así, en la mayoría de las ocasiones no nos encontramos ante derechos de los trabajadores y alumnos o subordinados. No existe un derecho a un mejor destino o a la provisión de puestos de trabajo, salvo que estuviera reglado. No existe un derecho a aprobar una asignatura, aunque si al examen y su revisión. ¿Cómo podemos analizar y distinguir aquellas potestades del empresario, o su representante, y los del profesor y la condición típica de este acoso?.

A mi juicio será legítima expectativa toda pretensión de mejora de condiciones laborales previstas para trabajadores cuya concesión puede ser condicionada a una solicitud sexual.

En el tercer apartado del art. 184 se previene una especial agravación de la conducta típica por razón de las especiales circunstancias del sujeto pasivo, “por razón de su edad, enfermedad o situación”. Ya destacamos los problemas de la edad con relación al acoso laboral, donde no hay tal relación hasta los 16 años.

4. Tipo subjetivo

El delito de acoso sexual es un delito doloso que requiere que al sujeto concurra todos y cada uno de los elementos del tipo, con la excepción expuesta en la condición objetiva de punibilidad examinada en el primer epígrafe del art. 184 del Código penal.

En consecuencia el autor deberá conocer que realiza una ofensa a un sujeto pasivo de intensidad tal que merecen el reproche penal. En la modalidad del segundo epígrafe, deberá conocer la situación de superioridad y la posibilidad de actuar sobre el contenido de la relación labora, docente o jerárquica.

5.- consumación

Como antes se señaló nos encontramos en presencia de un delito de mera actividad que se consume por la realización de la ofensa, la solicitud sexual en el ámbito de una relación descrita, en el primer epígrafe, y con la solicitud del superior con el ánimo expreso o tácito del mal relacionado con las legítimas expectativas, sin que se requiera la realización de un resultado causalmente relacionado con la conducta típica.

La realización del acto de naturaleza sexual solicitado podrá dar lugar a las figuras típicas del mismo título, agresiones, abusos etc... para lo que habrá que comprobar la concurrencia de los respectivos elementos.

En el caso de concurrencia de una conducta acosadora y un acto agresivo posterior, habrá que analizar, desde la perspectiva del art. 8 del Código penal, si el contacto corporal que exige la agresión y el abuso absorbe la previa solicitud y la situación creada o el anuncio de un mal relacionado con las expectativas legítimas. A mi juicio, esa concurrencia no será fácil de establecer en la mayoría de los casos dado el carácter autónomo que presenta esta figura delictiva.

6. Concursos

En el proyecto inicial, y a sugerencia del Consejo General del Poder Judicial, se previno un cuarto párrafo destinado a solucionar los problemas concursales que esta figura delictiva planteaba con relación, particularmente, al delito de amenazas condicionales del art. 171 del Código penal. Utilizando la fórmula del “sin perjuicio” señalaba que en caso de concurrencia se impondría la pena del delito que contuviera una mayor penalidad. Su redacción definitiva desapareció esta precisión normativa y los problemas subsisten.

Con relación al concurso con un delito contra la libertad sexual, que exige contacto corporal, la solución vendrá dada por el criterio de la conjunción si el delito de agresión o abusos consumiera la previa solicitud, lo que no es fácil. En caso contrario, el concurso sería real.

La realización de la conducta típica por un funcionario público hará de aplicación preferente el art. 443 y siguientes del Código por la concurrencia del elemento especial de autoría que éstos contemplan.

Respecto al delito de amenazas del art. 171 se plantea el problema de la determinación del tipo aplicable. El principio de especialidad aboga por la aplicación del acoso sexual, toda vez que este tipo presenta un elemento especial respecto a las amenazas condicionales, la relación laboral, docente o jerárquica o de servicios, habitual o continuado. La mayor penalidad del delito de amenazas por la aplicación del principio de alternatividad, hace que este delito sea de aplicación preferente al de acoso sexual, solución que es mantenida por Muñoz Conde.

A mi juicio, la especialidad del delito de acoso sexual, que se desarrolla en un ámbito especial respecto al delito de amenazas, hace que sea de aplicación preferente.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STS, Penal sección 1 del 30 de Abril del 2013

Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Concursos

En el caso que nos ocupa, ciertamente el art. 184, no ha previsto expresamente la sanción del concurso de delitos que puede producirse si la mera solicitud de favores sexuales, fuera ulteriormente acompañada de una concreta relación de esta naturaleza, por ejemplo acceso carnal, ello ha llevado a un sector doctrina a entender que, de concurrir dicha relación, la problemática concursal planteada habría de resolverse por consunción a favor del delito de abusos sexuales de "prevalimiento" de los arts. 181.3 ó 181.4, respectivamente, en función de la trascendencia del acto sexual ejecutado, pero cuando nos encontramos con dos acciones constitutivas de sendas violaciones acaecidas en septiembre y octubre 2009, separadas, por tanto, temporalmente de una conducta del acusado iniciada en marzo 2009, cuando comenzó la relación laboral y prolongada varios meses con tocamientos, comentarios humillantes y exigencias sexuales, esta conducta tiene plena independencia y no puede entenderse absurda por aquellas dos acciones de penetración vaginal con uso de armas blancas, sucedidas meses después.

STS, Penal sección 1 del 26 de Abril del 2012 (ROJ: STS 3442/2012)

Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO

CUARTO.- El tercero de los motivos pretende, ahora al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la casación de la sentencia recurrida por estimar que vulnera el artículo 184 del Código Penal . Justifica la pretensión negando que los hechos probados supongan demanda de favor sexual y, por otra parte, que haya provocado el recurrente en la víctima una situación "objetiva y gravemente intimidatoria hostil y humillante".

2.- Y los hechos que son declarados probados consisten entre otros particulares en que el 3 de marzo de 2006, tras cenar con su víctima, en cuya ocasión le afeó su calidad como profesional policial, cuando fueron a tomar una consumición a un local próximo,

"le dio un beso en la boca contra la voluntad" de aquélla, y realizando en la conversación comentarios de contenido sexual que incluían "comentarios tendentes a establecer relaciones sexuales".

Y sigue la sentencia describiendo las características en las que se desarrolló desde ese momento la relación entre acusado y víctima. Como marco de las mismas se encontraba la jerarquía profesional que situaba a la denunciante en dependencia respecto de las facultades de dirección y sanción del acusado. Y como efecto un estado de "estrés, angustia, miedo y ansiedad". Este se reforzó porque la actitud del acusado se reiteró tanto en las invitaciones a cenar y a tomar algo, así como en la reiteración de un tocamiento, siquiera ya limitado a coger la mano, que fueron rechazados por la víctima, cuanto en la hostilidad del acusado ante las negativas que recibía a sus invitaciones.

3.- Ni siquiera el recurso pone en cuestión que tales hechos sean constitutivos del delito imputado. La minuciosa exposición que la sentencia recurrida hace en su fundamento jurídico sexto hace inútil cualquier cuestionamiento al respecto:

a) No es dudosa que la relación entre denunciante y acusado tiene una naturaleza de trabajo profesional de prestación de servicios que constituyó el contexto o ámbito del comportamiento imputado. Ni siquiera se requiere que el sujeto activo del delito ostente condición alguna de superioridad respecto a la víctima. Lo que el tipo penal protege es el derecho a desempeñar la actividad en un entorno sin riesgo para su intimidad y libertad.

b) El comportamiento típico consiste en una directa e inequívoca solicitud a la víctima de comportamientos cuya administración le corresponde en su autonomía sexual. Es de subrayar que esa solicitud no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria. Y basta, para que la actitud requirente sea típica, que se produzca no obstante el rechazo del destinatario o destinataria. De tal suerte que el delito se consuma desde su formulación, de cualquiera manera que sea, si le sigue el efecto indicado, pero sin que sea necesario que alcance sus objetivos. Es más, de alcanzarlos, podría dar lugar a responsabilidades de otro tipo penal que, en el caso que juzgamos, han sido excluidas.

c) La víctima pasó a una situación que, más allá de la susceptibilidad subjetiva de ésta, debe objetivamente considerarse no solamente de indudable hostilidad, sino humillante y generadora de temor. Lo primero por la actitud mantenida de descalificación del trabajo de Paula. Lo segundo porque enmarcar la pretensión de actuaciones en lo sexual en el ámbito de una relación de supremacía, con ese acompañamiento de descalificaciones, hiere objetivamente la dignidad de la persona requerida. Y además genera temor por el indudable protagonismo decisivo que puede tener la intervención del requirente en la situación profesional de la requerida, temor, por otra parte, lamentablemente, confirmado más allá de su mera posibilidad. No requiere el tipo penal que la víctima sucumba y padezca más trastornos que la mera ubicación en una situación que merezca aquellas calificaciones. Existe pues responsabilidad penal aunque la entereza de la víctima le permita afrontar sin otros daños la situación indicada. Desde luego no es necesario que como efecto de dicha situación la víctima padezca estrés alguno, por más que en el caso que juzgamos además concurra éste.

d) Tampoco cabe ninguna duda que el temor y la humillación, así como la hostilidad, tuvieron objetivamente como causa el comportamiento del acusado del que, por ello, cabe predicar la suficiente gravedad como para atribuirle esa eficacia.

La asimetría de la relación entre acusado y víctima se traducía en una indudable superioridad del acusado de la que éste hizo abuso a los fines de favorecer la formulación de sus solicitudes sexuales con pretensión de aceptación por la víctima.

Por todo ello consideramos adecuadamente hecha la calificación de los hechos como constitutivos, al menos, de este delito.

El motivo se rechaza.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia N°: 1.002/2010 fecha Sentencia: 10/11/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Martín Pallín

***Delito de funcionario de prisiones. Solicitud sexual a una interna. Sentencia absolutoria en la instancia. Sin necesidad de modificar los hechos se encuentran los elementos del delito. Casación y sentencia condenatoria.**

- La figura delictiva cuya aplicación se pide está dentro del Título de los Delitos contra la Administración Pública y, más concretamente, dentro del capítulo específico de los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Específicamente, el artículo 443.2° del Código Penal castiga al funcionario de Instituciones Penitenciarias que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda. Los elementos del tipo penal, que es un delito especial propio, que sólo pueden cometer los funcionarios de prisiones respecto de las personas sometidas a su guarda, está plenamente acreditados, por lo que no procede ninguna discusión o debate sobre este punto.

5.- La discrepancia radica en torno a si las expresiones que se dan por probadas y que, por tanto, son inalterables, constituyen o no "*una solicitud sexual*". Según el diccionario de María Moliner, solicitar, entre otras acepciones, equivale a requerir o tratar de conseguir la amistad, la compañía o la atención de una persona. Podemos afirmar que el acusado estaba pidiendo que la recurrente aceptara favores a cambio de prestaciones sexuales, lo que se refleja de forma explícita, contundente, inequívoca y abrumadora en las expresiones que hemos destacado y en las actuaciones que siguieron a la negativa de la interna.

6.- El contenido de la solicitud, que ya hemos destacado, es de naturaleza inequívocamente sexual y como es evidente al acción típica consiste en la petición, en este caso nada velada o equívoca de favores sexuales reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario. Incluso que la llegó a amenazar ante su negativa con clasificar a su marido el primer grado y enviarlo a una prisión de alta seguridad.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 716/2013

Fecha Sentencia: 01/10/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

***Delito de agresión sexual y abuso en el ejercicio de sus funciones. Delito cometido por funcionario público. Solicitud de favores sexuales. Tipicidad.**

Requiere que un sujeto activo especialmente cualificado por su condición de funcionario público, que realiza actos que calificados de solicitud sexual a un tercero sin que sea necesaria su efectiva realización, que en su caso daría lugar a un concurso de delitos, y que el tercero tenga pretensiones pendientes de resolución o respecto de las que deba evacuar informe o elevar consulta.

La figura delictiva cuya errónea aplicación se denuncia está dentro del Título de los delitos contra la Administración Pública y, más concretamente, dentro del capítulo específico de los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. La condición de funcionario público no aparece sujeta a discusión. El acusado era director de la oficina del SEXPE de Trujillo encargado de la prestación de servicios relacionados con la búsqueda de empleo y la realización de cursos de formación. El segundo requisito hace referencia a la realización de solicitudes sexuales. En el diccionario de la lengua, solicitar, entre otras acepciones, equivale a requerir o tratar de conseguir la amistad, la compañía o la atención de una persona. El acusado estaba pidiendo a las tres personas que se relacionan en el hecho que aceptaran sus requerimientos a cambio de facilitarles la contratación laboral, lo que se refleja de forma explícita, contundente, inequívoca y abrumadora en las expresiones del hecho probado, que el recurrente no discute ni en su contenido, ni en su significación. El contenido de la solicitud es de naturaleza inequívocamente sexual y, como es evidente, la acción típica consiste en la petición, en este caso nada velada o equívoca de favores sexuales. En el tercer requisito, la pendencia de resolución respecto del imputado en el hecho también resulta patente. El condenado era el director de la oficina en Trujillo, de él y de su oficina dependía la recepción de las demandas y la selección de candidatos a los puestos de trabajo que se ofrecían. También la realización de cursos de formación. En la sentencia se refiere, en

dos ocasiones que una de las destinatarias de la solicitud se extrañaba porque no era seleccionada para los cursos de formación, lo que achaca a la negativa a atender las solicitudes, y otra de las destinatarias es retirada de una propuesta de candidatura a un puesto de trabajo en un ayuntamiento próximo, al negarse a la solicitud del acusado. Acciones que son realizadas por el recurrente.

El reproche penal y social a estos hechos, sumamente graves, es incuestionable, ya que no sólo ha perjudicado el crédito de una servicio público especialmente dispuesto para atender la imperiosa necesidad de trabajo ante situaciones, como las que se describen en el hecho probado de situación de necesidad angustiosa para remediar situaciones de peligro de exclusión social de las que el funcionario público se prevale y abusa hasta límites inaceptables.

