

EL ACOSO SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

FRANCISCO JAVIER PAÍNO RODRÍGUEZ

1. INTRODUCCIÓN

El acoso sexual viene expresamente regulado en el art. 184¹ del Código Penal, el cual se ha visto afectado penológicamente por la reforma de la Ley 1/2015, de 30 de Marzo. Mostramos, de principio, nuestro total rechazo a la existencia de este artículo en concreto y de la tipificación del acoso sexual en general. Y ello por varias razones; primero, por cuanto teniendo en cuenta que el acoso sexual solo se tipifica en cuanto se produzca en el ámbito de una relación laboral, de prestación de servicios o docente, ya existe la concreta tipificación de dicha modalidad de acoso en nuestro articulado penal, con lo cual entendemos que no es procedente su tipificación en otro título y capítulo. Pero a mayor abundamiento, y una vez que ha sido expresamente tipificada la conducta de acoso, entendemos que ambas deberían ser derivadas a formas cualificadas² referidas a dicho tipo básico. De hecho, la única razón de la existencia del delito de acoso sexual del art. 184 del Código Penal es la de Derecho Penal simbólico³, como muestra de que

¹ “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 aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete 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 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.”

² Curiosamente, como luego veremos, el acoso sexual actualmente se configura como un tipo privilegiado respecto al delito de acoso laboral, lo cual o encuentra ninguna justificación desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos ni de la conducta realizada.

³ Como manifiesta Queralt Jiménez, Joan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 269, “al legislar de cara a la galería –lo que hoy se denomina legislación

nuestro ordenamiento jurídico combate dicha lacra, obviando su innecesariedad por cuanto dicha modalidad podía subsumirse perfectamente en el tipo básico (apreciando en su caso la agravante de por razón de sexo del art. 22-4 del Código Penal), y sin darse cuenta que el efecto conseguido es el contrario, toda vez que al rebajarse la penalidad la consecuencia es que se premia al autor del delito por cometer la conducta hostigante mediante actos de naturaleza sexual frente al mero hostigamiento con actos de otra naturaleza. Por ello, desde aquí abogamos por la supresión del art. 184 Código Penal, y su inclusión como forma en su caso cualificada del delito de acoso del nuevo art. 172-ter del mismo cuerpo legal. En todo caso, la existencia del mismo nos obliga a analizar el tipo penal.

2. CONDUCTA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1. La conducta del acoso se recoge en el apartado 1 del art. 184⁴ del Código Penal, y consiste en la solicitud de favores⁵ de naturaleza sexual, ya sea para uno mismo o para un tercero. La duda que se plantea es si basta con una mera solicitud de favores o es necesario que sea una conducta reiterada. Para contestar dicha pregunta es necesario poner dicha conducta en relación a la necesidad de que ésta provoque a la víctima “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”, y asimismo con la expresión “será castigado, como autor de acoso sexual”. La R.A.E define la acción de acosar como “perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos”, utilizando el plural, con lo que parece que a priori no basta con una mera solicitud de favores sexuales, sino que es preciso también que la misma se efectúa en una pluralidad de ocasiones. En todo caso, es difícil de imaginar que una única solicitud de favores sexuales pueda producir la situación hostil y humillante que requiere el tipo penal, ya que para ello sería preciso la utilización de determinados medios o modos que acabarían finalmente tipificando el delito dentro de otras conductas más graves (amenazas, agresiones o abusos sexuales, coacciones, etc...).

simbólica y antes semántica-, el sujeto que se quiere proteger, claramente la mujer, puede salir menos protegido de lo proyectado. Pero el objetivo político no era ese: era poder mostrar un artículo en el CP; desde ese punto de vista el objetivo se ha cumplido, pues existe, y se ha ampliado y se presentan tres tipos.”

⁴ “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 diez meses.”

⁵ Entendemos que la solicitud puede realizarse de cualquier manera, ya sea de forma oral, escrita, telemática, a través de terceras personas, pro gestos o cualquier otra forma donde de forma inequívoca se realice dicha solicitud. En el mismo sentido, Ragués i Vallés, Ramón, en V.V.A.A. “Lecciones de Derecho Penal. Parte especial”, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Coord. Ramón Ragués i Vallés, Editorial Atelier, Barcelona 2015, pág. 143 y 144. En contra, Lamarca Pérez, Carmen en V.V.A.A. “Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal”, Coord. Carmen Lamarca Pérez, Editorial Colex, 2013, pág. 194.

Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó la directiva 76/207/CE con intención de unificar el concepto de acoso sexual para todo el ámbito europeo, dando como definición “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Dicha definición europea de acoso sexual difiere como vemos de la que podemos encontrar en el Código Penal, primero por cuanto no la circunscribe a un determinado ámbito, segundo, por cuanto recoge la necesidad de que intente atentar contra la dignidad de una persona (que no se incluye en el tipo penal del Código penal español), y tercero, por cuanto no establece como requisito *sine qua non* la creación del entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, considerándose que debe entenderse que hay acoso sexual cuando se produzca este entorno, pero no excluyendo el mismo aún cuando dicha situación no se produzca. Eso sí, la definición no solo no establece necesariamente una pluralidad de conductas, sino que permite la consideración como acoso sexual de una mera conducta individual, siempre que el comportamiento sea de carácter sexual y se trate de atentar contra la dignidad de la persona.

El acoso, genéricamente hablando, consiste precisamente en la reiteración de conductas que de forma individual y aisladamente consideradas no son constitutivas de ilícito penal, y que es la suma de éstas las que producen el hostigamiento en la víctima. Entendemos que el acoso sexual no se diferencia en esto del acoso genérico del art. 172-ter del Código Penal, y que por tanto, es preciso que la solicitud de los favores de naturaleza sexual se realicen de forma reiterada⁶, de manera que no solo la conducta integre la definición de “acoso” ofrecida por la R.A.E. y a la que se hace referencia en el art. 184-1 del Código Penal, sino que además la misma pueda, de forma objetiva, ser suficiente para provocar en la víctima la situación hostil que requiere el tipo⁷. La Directiva europea puede servir de margen de interpretación para los diferentes estados, pero una vez el Estado ha legislado en un sentido, este es el tipo penal que hay que interpretar atendiendo a todos los métodos de interpretación, entre ellos el semántico y demás mantenidos anteriormente. Ello no significa que otros comportamientos que pueden ser considerados como acoso sexual para la directiva europea no lo sean en otro ámbitos como el civil, administrativo, asistencial, etc..., o puedan configurar otros

⁶ En contra Velázquez Barón, Ángel en “Delito de acoso sexual”, Barcelona, 2000, pág. 11 y 12. Por su parte, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 778, manifiesta que no cabe generalizar, distinguiendo entre aquellos supuestos en que no existe prevalencia – en cuyo caso puede exigirse la reiteración de la conducta- de aquellos otros en que sí hay prevalencia – en los que cabrá la mera solicitud de favores como modo eficaz para lesionar la libertad sexual.

⁷ Por otro lado hay que tener en cuenta que la nueva tipificación del delito de acoso por un lado y la desaparición de las vejaciones e injurias leves – a excepción de las intrafamiliares – del antiguo art. 620-2 del Código penal anterior a la reforma 1/2015 de 30 de marzo, conllevan que la falta de solicitud de favores sexuales puedan integrarse en la extinta falta. Por ello, atendiendo a la reiteración de la conducta y que la misma pueda integrarse o no dentro del tipo del art. 172-ter del Código Penal, conllevara que la misma se encuentre destipificada, y que deba acudir al ámbito civil, administrativo o laboral para solventar la problemática suscitada por los comentarios de carácter sexual del estilo de “vaya polvo tienes” o similares.

tipos de los diferentes ordenamientos jurídico-penales (por ejemplo, vejaciones), pero no determinan la interpretación de la conducta del tipo penal del art. 184 del Código. En todo caso, el delito comenzaría su ejecución cuando la solicitud u ofrecimiento sexual es inequívocamente rechazado, y el sujeto activo continua realizando la conducta⁸.

Por otro lado, la conducta debe de ser “objetiva y gravemente intimidatoria”. Ello requiere en primer lugar que la capacidad de intimidación hacia la víctima no queda en el ámbito subjetivo de la misma, sino que se requiere además que la solicitud continuada de favores de naturaleza sexual sea suficiente para que cualquier ciudadano medio se viera afectado en la forma exigida en el código, evitando de esta manera que la misma conducta se considere o no integrante del tipo penal en función de que el sujeto pasivo sea especialmente temeroso o que sea por el contrario, de carácter excepcionalmente fuerte y capaz de soportar dicho comportamiento por parte del sujeto activo. Lo que sí es importante mencionar es que en todo caso, la capacidad de provocar la situación intimidatoria, hostil o humillante hay que ponerla en necesaria relación con el ámbito donde esta se produce y las especiales relaciones entre los sujetos.

Por último hay que mencionar que el Código Penal no tipifica únicamente una sola conducta de acoso, sino varias (y que la doctrina y la jurisprudencia establecen en dos o tres⁹), o mejor dicho, existe un tipo básico de acoso sexual, y varias cualificaciones, dos de las cuales algunos autores consideran modalidades suficientemente diferenciadas de acoso en función del empleo de la amenaza (chantaje) y aprovechándose de una situación de superioridad (prevalimiento). En todo caso, la conducta es siempre la misma (el denominado *acoso ambiental*), siendo ésta la que nos hemos referido a los largo de este apartado y que viene contemplada en el apartado 1º del artículo 184 C.P., pasando a continuación a desarrollar las cualificaciones del apartado 2º del mismo artículo.

Por un lado encontramos el denominado *chantaje sexual*, que es aquel que suma a la conducta básica un delito de amenazas no constitutivo de delito, si bien el tipo penal también restringe como puede ser dicha amenaza, o mejor dicho, cuál puede ser el contenido de ésta. En este sentido, no cabe la manifestación de la causación de cualquier mal, sino que ese mal debe estar concretado en la frustración de las expectativas de la víctima en cuanto al ámbito laboral, docente o de prestación de servicios en que se desarrolla la conducta¹⁰, de tal modo que cualquier otra amenaza que pudiera efectuarse quedaría fuera de la cualificación, y conllevará necesariamente su tipificación dentro de los tipos de amenazas, en relación de concurso ideal medial con el tipo básico de acoso, según las reglas generales concursales. Por otro lado, encontramos el acoso mediante prevalimiento, es decir, el acoso que suma a la conducta básica la existencia de una relación de superioridad jerárquica, docente o laboral. Aquí cabe plantearse si basta con que esta conducta concurra con carácter objetivo, o si por el contrario,

⁸ STS 4705/2015 Sala 1ª.

⁹ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 438, establece que hay tres modalidades: la solicitud sexual, el chantaje sexual y el acoso sexual de prevalimiento.

¹⁰ Como puede ser, por ejemplo, dejar entrever que se excluirá al alumno compañero de los grupos de trabajo para que no pueda aprobar u obtener altas calificaciones, que puede devaluarse el trabajo efectuado por la víctima de cara a los superiores, por mencionar algunas que no conlleven prevalimiento.

es necesario que el sujeto activo haga uso de dicha situación de forma consciente de manera que la conducta traiga causa, al menos parcialmente, por la existencia de dicha relación de superioridad entre el sujeto activo y el pasivo. A este respecto, entendemos que basta con que los sujetos tengan conocimiento de la existencia de dicha relación de superioridad, sin que la misma tenga que ser determinante para que se produzca la conducta.

En otro orden de ideas, el acoso mediante prevalimiento de forma habitual subsumirá dentro de su conducta el chantaje sexual, toda vez que la existencia de la relación de superioridad llevará, más o menos implícito, la amenaza expresa o tácita¹¹ de perjuicios en el ámbito de dicha relación, y es difícil imaginar un acoso en que el abuso de la situación de superioridad no suponga en sí misma la manifestación tácita de la al menos probable o posible causación del mal.

Para terminar, la conducta obviamente debe de ser dolosa, no previéndose ninguna modalidad de comisión imprudente.

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como ya hemos visto, el legislador español ha restringido la tipificación de la conducta de acoso sexual a unos ámbitos muy concretos, por lo que fuera de esos ámbitos la conducta solo podrá subsumirse en el tipo básico de acoso, en el acoso intrafamiliar, en el inmobiliario, o finalmente en otros tipos diversos como coacciones, amenazas o vejaciones.

2.2.1. LABORAL

Si bien el término laboral no presenta grandes problemas de interpretación a priori, puesto que ello nos remite necesariamente a la legislación laboral, entendemos que el término no puede quedar circunscrito a la efectiva “legalidad” de la relación¹², y ello por cuanto ello excluiría no solo el acoso en el que son parte (bien como sujeto activo, bien como pasivo) trabajadores ilegales, sino respecto de otras figuras que aunque se realicen en el ejercicio de actividades laborales no estén amparadas por la legislación laboral. Pensemos por ejemplo en el hijo del jefe que sin ostentar ningún cargo en la empresa del padre y sin estar contratado en ninguna modalidad (o incluso en el que incurre en causa de incompatibilidad), a pesar de ello acude todos los días a la empresa del progenitor y realiza actividades similares a las de cualquier otro empleado. ¿Debemos entender que si el mismo realiza la conducta típica respecto de otr@ trabajador@ aun así no podemos subsumirlo en el tipo de acoso sexual porque no está amparado por la legislación laboral? Creemos que, aun teniendo en cuenta que ello incrementa

¹¹ Por ejemplo, el profesor que deja entrever al alumno que no aprobará o sacará la calificación que merece al tiempo que realiza la conducta hostigante.

¹² En sentido contrario, Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 439, manifiesta que “con respecto al adjetivo *laboral*, debe utilizarse, para que sea operativa, una acepción restringida equivalente a *todo trabajo efectuado al amparo de la legislación laboral*.”

notablemente los problemas de prueba, debe estarse a la realidad de los sujetos y al ámbito relacional concreto más que al escrupuloso cumplimiento de la legislación laboral. Por tanto, si de facto puede acreditarse la relación laboral, no será precisa la acreditación de su legalidad administrativa o su conformidad con el Derecho del Trabajo, que en todo caso servirá como diligencias probatorias. La relación laboral debe darse dentro de la misma empresa o institución. Cuando el acoso se produzca entre personas que trabajan para dos empresas diferentes, pero relacionadas entre sí, entendemos que no nos encontramos ante relación laboral, sin perjuicio de que si pueda circunscribirse al ámbito de las prestaciones de servicios cuando se cumplan los requisitos de ésta. En el mismo sentido consideramos que no cabe hablar de acoso cuando todavía no ha comenzado la relación laboral, aun cuando el sujeto activo se valga de una situación de prevalimiento¹³, y que la conducta debe derivarse para su subsunción a otros tipos penales. El futurible de una posible relación laboral no puede considerarse como que efectivamente exista dicha relación, ya que supondría extender los límites de la interpretación más allá de la interpretación extensiva para llegar a una analogía *in malam partem*, vulnerando el principio de legalidad. En todo caso, resulta difícilmente imaginable una conducta continuada o habitual que se produzca en la inminencia del inicio de una relación laboral. En todo caso, no se precisa una relación de jerarquía entre acosador y víctima, sin perjuicio de que la misma pueda ser tenida en cuenta para cualificar el delito o de pie a la aplicación de una agravante genérica.

2.2.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS

A diferencia de los otros ámbitos, a priori la prestación de servicios permite una concepción más amplia, aunque el legislador sí exige que la misma sea continuada o habitual, requisitos que son inherentes al ámbito laboral y docente. Ello nos permite excluir al mensajero o repartidor de pizza (que por otro lado difícilmente podrían realizar o ser objeto de actos de hostigamiento en una mera entrega de mercancía), y circunscribirle a aquellos ámbitos análogos a la relación laboral (por ejemplo, emplead@s de hogar) pero que no pueden inscribirse en esta (por ejemplo, cuando la conducta es realizada por miembros de la familia diferentes a la persona que contrata).

2.2.3. DOCENTE

Especial relevancia tiene el acoso en el ámbito docente. En este ámbito además, hay que separar el que se produce entre compañeros profesores, el que se produce entre compañeros alumnos, y finalmente la que se produce entre docentes y alumnos. En cuanto al primero, entre profesores, no hay duda de que no cabe dentro de la relación docente, sin perjuicio de que si tenga cabida en el ámbito de la relación laboral, y por tanto hemos de remitirnos a la misma.

¹³ En contra, Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., "Derecho Penal Español Parte Especial I", Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 444.

En cuanto a la que se produce entre los propios alumnos, en la que obviamente no cabe la reconducción al ámbito laboral, hay que preguntarse en primer lugar si entraría dentro del ámbito docente. A esta cuestión entendemos que no, toda vez que en el tipo penal no se determina un concreto ámbito espacial¹⁴, sino un concreto ámbito relacional, es decir, lo que prima no es el lugar o espacio donde se produzca (que de hecho es irrelevante para la subsunción de la conducta en el tipo penal), sino la relación entre el sujeto activo y pasivo, que debe ser docente sin perjuicio de que sea escolar o universitario, pudiendo plantear dudas otros ámbitos docentes (profesores privados o academias) y que enseguida analizaremos. Simplemente, y con carácter previo, recalcar que el acoso escolar o “bullying”, actualmente tan de moda en los medios de comunicación, no podría integrarse, aunque tuviera connotaciones sexuales, en el tipo penal del art. 184 del Código Penal. Que el ámbito predominante donde se produce sea el escolar, ya que es este el ámbito social donde los menores se mueven preferentemente y están “obligados” a interactuar con los otros menores dada la imposibilidad del menor de decidir colegio, aula y compañeros de clase, y sin restar importancia al drama personal que supone ser víctima del mismo (agravado por la edad a la que se sufre), no implica en todo caso que la relación sea docente. La relación entre los alumnos del mismo centro es la que debe ser determinante, y no la que ambos poseen con un docente común. Por ello, el acoso escolar debe reconducirse, con independencia de la naturaleza del hostigamiento (es decir, de si el mismo presenta un carácter sexual o no), a la figura básica de acoso de la que ya hemos hablado en la presente obra, siendo de aplicación lo mencionado respecto del art. 172-ter del Código Penal, si bien, y toda vez que salvo raras excepciones, el sujeto activo probablemente sea menor, será la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores la que determine las consecuencias jurídicas del delito.

Retomando el hilo, ya hemos mencionado anteriormente que el acoso sexual puede producirse no solo en el ámbito escolar, sino también en el de una relación docente universitaria, planteándose la duda sin embargo de si cabe o no en otros ámbitos como el de las academias y el de los profesores privados. Desde nuestro punto de vista, nada obsta para que pueda aplicarse también en estos tipos específicos de docencia, salvo aquellos en que no pueda mantenerse la figura de docente (por ejemplo, el compañero alumno que imparte unas meras lecciones de ayuda a otro compañero para una recuperación sin mayor trascendencia que quedar unas cuantas veces para ayudar en el repaso). Pero si podemos encontrarnos, por ejemplo, al alumno que realiza la conducta típica de hostigamiento sexual respecto de un profesor que depende económicamente del pago de las clases particulares, entiendo en supuestos como éste que la conducta es perfectamente subsumible en el acoso sexual en el ámbito docente. Por ello, entendemos que es indiferente quien de los dos sea el sujeto activo y el pasivo, es decir, en ambos casos sujeto activo y pasivo pueden serlo tanto el docente como el alumno. Sin embargo la cualificación de prevalimiento por situación de superioridad docente solo será de aplicación cuando el sujeto activo sea el docente y el sujeto pasivo o víctima el alumno, si bien no debe entenderse de forma automática. Entender que siempre hay superioridad

¹⁴ A diferencia de otros tipos penales como el subtipo cualificado de tráfico de drogas del art. 369-1-7º cuando se refiere entre otros espacios los centros docentes y sus proximidades.

entre el docente y el alumno conllevaría a entender que necesariamente ya forma parte del tipo, y que por tanto, nunca podría aplicarse. Por ello, entendemos que la relación de superioridad no solo tiene que acreditarse, sino suponer un plus a la normal relación inherente a profesor y alumno. Por ejemplo, entendemos que puede considerarse que a priori si puede entenderse esa superioridad entre un profesor y el alumno escolar de 14 años, pero no respecto de un profesor de academia respecto al alumno de 20 años. Igualmente, la superioridad en el ámbito universitario debería determinarse en base a otros criterios más allá de la mera relación profesor-alumno (por ejemplo, no es lo mismo la relación entre profesor que se prevalece de ser el titular de la asignatura y del que depende aprobar la misma, e incluso sacar la carrera, que ser el profesor de prácticas cuya valoración final puede suponer un diez por ciento de la nota o incluso ser irrelevante).

3. BIEN JURÍDICO

El art. 184 encuentra su ubicación dentro del título dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por lo que a priori parece lógico pensar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual. Sin embargo, la doctrina no es unánime en su consideración del bien jurídico, como ya mencionamos al hablar del nuevo tipo de acoso, y de esta manera se divide en la consideración del bien jurídico entre la libertad sexual¹⁵, la libre voluntad sexual¹⁶, la integridad moral¹⁷, o conjuntamente este último con la libertad sexual¹⁸.

Mantenemos que al igual que en el delito de acoso, el bien jurídico protegido es la integridad moral. Y ello, partiendo de la consideración que la libertad sexual de la víctima no llega no solo a lesionarse, sino a ponerse siquiera en peligro por cuanto el componente sexual solo está en la mente del acosador pero no tiene por qué proyectarse necesariamente sobre la víctima de un modo sexual, o mejor dicho, que afecte a la libertad sexual de ésta o a la formación de la voluntad en el ejercicio de su libertad sexual (y de hecho, si esto ocurriera, ya estaríamos hablando de un delito de abuso o agresión sexual). Al igual que en el delito de acoso lo que necesariamente la víctima sí verá alterado es su sosiego, sí tendrá que soportar necesariamente la conducta hostil. Por tanto consideramos que el bien jurídico es la integridad moral, y al igual que en el delito de acoso, en tanto que exista una puesta en peligro relevante o lesión de otros bienes jurídicos relativos especialmente a la libertad e indemnidad sexuales (aunque también caben otros como integridad psíquica, por ejemplo) cabría la aplicación de

¹⁵ Begué Lezaun, Juan José en “Sobre las Tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, Revista del Ministerio Fiscal nº 13, 2005, pág. 129.

¹⁶ Cobo del Rosal, Manuel y Zabala López-Gómez, Carlos en “El acoso sexual”, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006, pág. 40.

¹⁷ Matallín Evangelio, Ángela en “El nuevo delito de acoso sexual”, Tirant lo Blanch, 2000

¹⁸ Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 777, quien manifiesta que “con base en ello es posible seguir manteniendo que en este ámbito se está protegiendo la libertad sexual, además de la integridad moral, que constituyen, sin duda, bienes jurídicos dignos y necesitados de protección penal”.

normas concursales, o la subsunción de los hechos en delitos más gravosos. Todo ello sin perjuicio que en el acoso sexual con prevalimiento, en el que de forma expresa o tácita se anuncie la causación del mal, se lesione también la libertad, lo cual no podemos confundir con la consideración de la afectación prioritaria en todo delito de acoso sexual de la libertad sexual.

La Jurisprudencia del Supremo¹⁹ mantiene que esta modalidad de acoso consiste en conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el ámbito laboral, por lo que entendemos que también se desmarca de la opinión doctrinal de la libertad sexual para adentrarse en el de la integridad moral. Sin embargo, el resto de la jurisprudencia no es unánime, y en este sentido, ha mantenido tanto la dignidad de la persona como bien jurídico protegido -por ejemplo, la Sentencia 6/2003 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real-, como la libertad sexual – Sentencia 1/2002 de 29 de Mayo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Civil y Penal).

4. SUJETOS

Sujeto activo y pasivo pueden serlo cualquier persona, siendo indiferente que el sujeto activo o pasivo sean hombre y mujer, e igual de indiferente la naturaleza de la sexualidad del acoso (heterosexual, bisexual u homosexual). Por tanto, las posibilidades del acoso se amplían de hombre a mujer, de mujer a hombre, de hombre a hombre o de mujer a mujer, además de todas las posibilidades transgénero. A diferencia del acoso en general no se recoge el acoso sexual de género, ni tampoco en el ámbito de pareja. En cuanto al primero, parte de la doctrina entiende que, cuando en el ámbito laboral pueden ser especialmente vulnerables las mujeres²⁰, lo que podría subsumirse en el subtipo agravado relativo a la especial vulnerabilidad por situación. Sin negar que efectivamente pueda ser así, entendemos que no cabe generalizar. A este respecto, entendemos que hay que diferenciar la situación de la víctima (la cual puede venir dada por la condición de mujer de ésta) del acoso motivado por razones de género, es decir, por una situación de desprecio, sometimiento, etc... hacia la víctima por su pertenencia a un sexo determinado (el cual puede además ser masculino, femenino o del tercer sexo), y que entendemos que no quedaría subsumida en el tipo cualificado por razón de situación, sino que sería de aplicación la agravante genérica de género del art. 22-4 del Código Penal. Y ello por cuanto la situación debe provenir de un elemento objetivo que determina esa especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, la cual no puede entenderse de forma genérica por el mero hecho de ser mujer. La agravante de género o por razón de sexo²¹ tiene su razón en un elemento subjetivo interno del sujeto pasivo que se revela contra la pertenencia del sujeto pasivo en un concreto sexo y por esa exclusiva razón,

¹⁹ STS 1135/2000 Sala 1ª.

²⁰ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 440 y 441.

²¹ Sobre la diferenciación entre los términos género y por razón de sexo, véase Paño Rodríguez, Francisco Javier en “Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género; con

sin que ello implica una situación de especial vulnerabilidad de la víctima, la cual puede darse o no. Asimismo, y en relación a la posibilidad de que el acoso de produzca entre personas que se encuentran incluidas dentro del art. 173-2 del Código Penal, tampoco consideramos que fuera de aplicación el art. 172 ter 2 del Código Penal, de acoso de género, ya que entendemos que nos encontramos ante un concurso de normas en que debe apreciarse el criterio de especialidad, siendo más específica la conducta del art. 184 del Código penal (ya que se refiere a un acoso de índole sexual frente al acoso genérico del otro tipo penal) y el ámbito en el que la misma puede darse. Solo en el caso en que no pudiera subsumirse en el tipo del art. 184 del Código penal por faltar algunos de los elementos típicos, es cuando habrá de acudir en su caso al tipo del 172 ter 2 del mismo cuerpo legal.

5. CONCURSOS

La problemática concursal de este delito es amplia y variada, ya que la conducta o parte de la misma puede subsumirse en otras figuras delictivas:

5.1. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL EN EL ÁMBITO DOCENTE Y LA SOLICITUD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A MENORES DEL ART. 183 TER 1²² DEL CÓDIGO PENAL

Nos encontramos ante un concurso de normas, ya que las conductas típicas son diferentes. Mientras que el delito de acoso sexual, como ya hemos mencionado, tiene su fundamento en proteger el derecho al sosiego y a no ver lesionada su integridad moral, en el caso del tipo de solicitud sexual a menores el fundamento está en la limitación a la libertad sexual del menor de 16 años, que se ve reducida en función del art. 183 quater²³ del Código Penal, a personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez, no siendo necesario que el menor se sienta hostigado, intimidado, siendo posible que incluso la conducta sea querida y deseada por el menor.

Sin embargo, si a la solicitud le sigue la conducta hostigante propia del acoso sexual, en virtud de lo dispuesto en el propio art. 183 ter del Código Penal –sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos–, entendemos que concurriría un concurso real. Y ello por cuanto entendemos que entre los delitos

especial consideración a las dificultades aplicativas”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F. 2015, pág. 50 y ss.

²² “1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”

²³ “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”

en su caso cometidos (generalmente abuso, agresión sexual, lesiones u homicidio) debe incluirse también el acoso sexual, ya que nos encontramos ante dos conductas totalmente diferentes, requiriendo el acoso que la misma sea continuada o habitual, así como la provocación de la situación hostil o humillante, mientras que la de solicitud sexual a menores solo requiere la solicitud con actos encaminados al acercamiento, sin la concurrencia de habitualidad o continuidad, ni la provocación de la situación hostil.

5.2. CONCURSO ENTRE EL ACOSO SEXUAL MEDIANTE PREVALIMIENTO Y EL DELITO DE AMENAZAS CONDICIONALES QUE NO CONSTITUYAN DELITO DEL ART. 171. 1²⁴ DEL CÓDIGO PENAL

La doctrina se encuentra dividida, tratando de buscar fundamento a algo que consideramos no lo tiene; la inexplicable menor penalidad del delito de acoso sexual con prevalimiento (cinco a siete meses de prisión o multa diez a catorce meses) frente al de las amenazas condicionales no constitutivas de delito (tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses), del mismo modo que nos resulta inexplicable que acosar sexualmente sea más beneficioso respecto a la penalidad para el sujeto activo que simplemente acosar. De esta manera, la doctrina acude al principio de alternatividad previsto en el art. 8-4 del Código Penal²⁵ por el que se aplicaría el de mayor penalidad, obviando que este criterio solo es de aplicación en defecto de los tres criterios anteriores, por lo que entendemos que no podría aplicarse a la vista que cabe la aplicación del primero; el de especialidad. El acoso sexual con prevalimiento no es sino una forma específica de amenaza condicional, por lo que el tipo penal del primero será de aplicación preferente frente al segundo. Además, la especialidad no afecta solo al componente sexual que subyace en la *psiquis* del sujeto activo y que trasciende e impregna la conducta, sino también la afectación del bien jurídico, donde la libertad pasa a un segundo plano frente a la integridad moral de la víctima.

Por la misma razón tampoco consideramos acertadas otras argumentaciones doctrinales, como la de parte de la doctrina que entiende que nos encontramos ante un concurso ideal²⁶, atendiendo a la diferente protección de bienes jurídicos que efectúa cada tipo penal. Mantenemos la existencia de un concurso de normas y no de un concurso ideal. No podemos olvidar que el acoso sexual es una modalidad privilegiada del acoso, delito que se ubica en el mismo Título que las amenazas y coacciones, y que además, como ya hemos mencionado, que en el delito de acoso sexual con prevalimiento se lesiona junto a la integridad moral el bien jurídico libertad. Por tanto, no hay una diferente lesión de bienes jurídicos, sino en todo caso un plus de afectación, ya que la amenaza condicional solo afecta a la libertad a priori, mientras que el delito

²⁴ “1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuera condicional y la condición no consistiera en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.”

²⁵ En el mismo sentido, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 796.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 210.

de acoso sexual con prevalimiento afecta a la libertad sexual y a la integridad moral, lo que nuevamente justifica la aplicación del criterio de especialidad. Y pone en evidencia, nuevamente, los criterios del legislador para imponer menor penalidad cuando hay una afectación mayor de bienes jurídicos.

La solventación por vía de subsidiariedad del art. 8-2²⁷ del Código Penal tampoco nos parece satisfactoria, por cuanto por una lado, se plantea el problema de entender cuál es el delito principal y cual el subsidiario, dada la diferente ubicación de los tipos penales y los diferentes bienes jurídicos protegidos, lo que además nos lleva a si realmente podemos entender que uno es subsidiario de otro y por qué razón lo entendemos así, lo cual no se explicita por el autor.

En conclusión, -y sin buscar explicación a lo que simplemente consideramos un error del legislador que al ir introduciendo nuevas modalidades de acoso, no ha realizado una unificación y reagrupación de las conductas, ni una labor de revisión de las diferentes penalidades, a efectos de evitar problemas como éste que afectan a principios tan importantes como el de proporcionalidad de las penas, consideramos que nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad a favor de la aplicación del tipo penal de acoso sexual con prevalimiento²⁸.

5.3. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL Y EL DELITO DE LESIONES PSÍQUICAS DEL ART. 147-1²⁹ DEL CÓDIGO PENAL

De siempre, doctrina y jurisprudencia han considerado que el delito de acoso sexual ya supone la causación de una lesión psíquica en la víctima que no supone la integración en el tipo penal de lesiones del art. 147-1 del Código Penal, o dicho de otra manera, se entiende que el legislador a la hora de tipificar el delito y asignar la pena correspondiente al mismo ya ha tenido en cuenta que de dicha conducta se derivan lesiones psíquicas en mayor o menor grado. Por tanto, debe apreciarse la consunción del delito de lesiones dentro de la conducta del acoso sexual (a pesar de la menor penalidad de éste) en base a lo anteriormente mencionado. Ello no obsta, sin embargo, que quepa la consideración que plenamente compartimos, que si bien esto puede ser una regla, no quepan excepciones a la misma. No toda conducta de acoso se produce con la misma intensidad, ni la misma afecta a toda víctima por igual. De esto se deriva que existen lesiones psíquicas que no deban entenderse como consecuencia lógica a una conducta de acoso sexual, sino que la entidad de dichas lesiones excede en mucho la afectación que el ciudadano medio sufriría por dicha conducta. En este sentido, la jurisprudencia

²⁷ Matus A., Jean Pierre en “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, ADPCP, VOL. LVIII, 2005, pág. 475, aunque del delito de amenazas del art. 169 C.P.

²⁸ En el mismo sentido, Queralt Jiménez, Joan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 271.

²⁹ “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo de delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

del Tribunal Supremo ya menciona como “en la doctrina de esta Sala se admiten excepciones para supuestos en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico. Siempre, obviamente, que concurren los demás elementos típicos del delito de lesiones, es decir la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para su sanidad. Para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia ordinaria de la agresión”, para continuar diciendo que es necesario que la conducta provoque una consecuencia diferencia del resultado típico del delito, consistente en una verdadera enfermedad psíquica, “un resultado autónomo de lesión psíquica, no abarcado por la moderada penalidad legalmente prevenida para el delito de acoso”.³⁰

5.4. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL Y EL DELITO DE SOLICITUD DE PRESTACIÓN SEXUAL POR PARTE DE FUNCIONARIO PÚBLICO O FUNCIONARIO DE PRISIONES DE LOS ARTÍCULOS 443 Y 444 DEL CÓDIGO PENAL

Considerando que el delito de solicitud sexual³¹ es un delito de mera actividad, y que se agota con la mera solicitud de prestación de los favores, a priori parece lógico entender que procede la consunción del delito de acoso sexual dentro del mismo. Sin embargo, hay que hacer dos puntualizaciones; por un lado, el delito del art. 443 del Código Penal requiere una mera solicitud, mientras que el delito de acoso sexual requeriría una conducta hostigante hacia la víctima, es decir, en el primero se adelanta la penalidad del hecho a una primera conducta por el especial ámbito en que la misma se produce y la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, así como las cualidades que debe reunir el sujeto activo (autoridad o funcionario público, o funcionario de Instituciones Penitenciarias o de Centros de Corrección o de Menores) y la relación de dependencia del primero respecto del segundo, que ya se contempla en el tipo penal

³⁰ STS 4705/2015 Sala 1ª.

³¹ Art. 443 del Código Penal; “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona, que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior. 2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o de corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años. 3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.”

al exigir que el funcionario tenga pretensiones pendientes de resolver respecto del interno. Por otro lado, el art. 444³² del Código Penal establece el concurso real entre el delito de solicitud de prestaciones sexuales por funcionario y los delitos contra la libertad sexual. Atendiendo a estos criterios, entendemos que cuando solo se produce la solicitud –reuniendo obviamente el resto de los elementos típicos–, nos encontraríamos ante un delito de solicitud de favores sexuales por funcionario en virtud del principio de especialidad³³, siendo que si la conducta se reitera en el tiempo de manera que se produzca un hostigamiento hacia la víctima, nos encontraríamos ante un concurso real entre este delito y el de acoso sexual.

5.5. CONCURSO DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL CON EL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL DEL ART. 173-1 PÁRRAFO 1³⁴ DEL CÓDIGO PENAL

Nuevamente consideramos que nos encontramos ante un concurso de normas y que por lo tanto debe apreciarse el principio de especialidad, siendo la norma especial el tipo penal de acoso sexual frente al genérico contra la integridad moral³⁵, y hemos de traer nuevamente a colación los argumentos expuesto al hablar del concurso con las amenazas condicionales no constitutivas de delito.

5.6. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO DEL ART. 181-3³⁶ DEL CÓDIGO PENAL, O DE AGRESIÓN SEXUAL CON INTIMIDACIÓN DEL ART. 178³⁷ DEL MISMO CUERPO LEGAL

Para dilucidar la relación concursal hay que atender necesariamente a la conducta. Si se mantiene la posibilidad de que una sola conducta integre el delito de acoso sexual, y dicha conducta es seguida de forma más o menos inmediata del abuso o agresión sexual, podemos entender (como ya ocurre por ejemplo con las amenazas y las vejaciones cuando de forma inmediata o simultánea se causa además un resultado lesivo) que la penalidad del primero queda absorbida por la del segundo, es decir, podemos aplicar

³² “Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.”

³³ En el mismo sentido, Boix Roig, Javier y otros en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte especial Volumen I” Dir. Javier Boix Reig, Editorial Iustel 2016, pág. 409. Sin embargo para el mismo, si la conducta produce una grave degradación del sujeto pasivo, el concurso estribaría entre el delito solicitudes por funcionario del art. 443 y el delito contra la integridad moral del art. 173-1, ambos del Código Penal.

³⁴ “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”

³⁵ En el mismo sentido, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 796.

³⁶ “3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”

³⁷ “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

el principio de consunción³⁸. Sin embargo, y a nuestro modo de entender, cuando la conducta es reiterada -bien porque entendamos que solo cabe subsumir en el tipo dicha reiteración, bien porque simplemente lo sea de facto-, no cabe la absorción de un delito por otro. En este sentido, entendemos que no nos encontramos ante un concurso de normas, sino ante un concurso real, o en su defecto, si la conducta de acoso era el medio (especialmente en relación al acoso sexual intimidante) para obtener el consentimiento -viciado- de la víctima, un concurso ideal medial. Lo que no se plantean en todo caso, son dudas de cuando nos encontramos ante un delito de acoso sexual con prevalimiento y cuando ante la conducta de abuso o agresión sexual. En la primera solo existe la solicitud de favores sexual, mientras que en la segunda existen actos ejecutivos que van más allá de la mera solicitud.

6. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SITUACIÓN OBJETIVA O GRAVE DE HOSTILIDAD, HUMILLACIÓN O INTIMIDACIÓN

En este sentido, Álvarez García manifiesta que “con tal comportamiento debe provocarse a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Por tanto, se trata de un delito de resultado.”³⁹ En contra, Rodríguez Ramos⁴⁰ manifiesta que nos encontramos ante un delito de mera actividad, constituyendo la situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación una condición objetiva de punibilidad. Como ya hemos mencionado anteriormente, la jurisprudencia no es unánime al considerarlo como resultado típico o condición objetiva de punibilidad, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴¹ parece decantarse por el resultado típico.

Por nuestra parte mostramos nuestra oposición a la contemplación de la expresión a la que hemos venido haciendo referencia, entendiendo que debería desaparecer del texto del artículo. En primer lugar porque consideramos que basta para que nos encontremos ante una situación de acoso con que se produzca la conducta que provoca el hostigamiento y/o la humillación de la víctima, toda vez que no es necesario que el acosador busque finalidad alguna con el acoso, sin perjuicio de que además el resultado no depende del sujeto activo, sino de la víctima, que es quien decide en

³⁸ Aunque sin distinguir entre la naturaleza única o reiterada de la conducta, plantea la consunción con la conducta inmediata de abuso o agresión Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 797.

³⁹ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier; Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 442.

⁴⁰ Rodríguez Ramos, Luis en V.V.A.A. “Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias”, Dir. Rodríguez Ramos, Luis; Coord. Martínez Guerra, Amparo, Editorial la Ley, págs. 817 y 818. En el mismo sentido, Escobar Jiménez, Rafael en “Delitos contra la libertad sexual”, V.V.A.A. *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Coord. Ignacio Serrano Butragueño, Editorial Comares, Granada, 1999, pág. 1073.

⁴¹ Sentencia 1460/2003, de 7 de noviembre. La sentencia 721/2015 Sala 1ª del Tribunal Supremo asimismo manifiesta que “no es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante”.

última instancia si altera o no el desarrollo de su vida cotidiana. En segundo lugar, que efectivamente se produzca un resultado lesivo para la víctima más allá de haber soportado la conducta hostigante debería ser considerado en todo caso como un subtipo agravado que conllevara una mayor penalidad.

Centrándonos ya en los requisitos establecidos por el legislador para la situación que debe provocarse en la víctima, ésta debe ser objetiva; grave; intimidatoria; u hostil; o humillante. En cuanto a que debe ser objetiva implica que debe serlo para el ciudadano medio en la misma situación, y que por tanto, no quede a la merced de que el sujeto pasivo sea especialmente sensible o melindroso a tal respecto, sin perjuicio de que el elemento subjetivo si pueda tenerse en cuenta en el subtipo agravado por la especial vulnerabilidad del sujeto. De este modo, la conducta puede separarse de lo que es una mera conducta que pueda resultar molesta para quien la sufre, sin que ello suponga una lesión al bien jurídico protegido significativa o relevante para el Derecho Penal. Por su lado, la gravedad ha de ser valorada atendiendo también a criterios objetivos y no meramente subjetivos, de manera que habrá que analizar en que consiste exactamente la conducta, la forma de producción y las relaciones existentes entre víctima y victimario, de manera que cuando la conducta no alcance un estándar medio de afectación al bien jurídico y por tanto la conducta sea esencialmente leve, no podrá subsumirse en el tipo penal y deberá acudir a la vía civil o laboral para solventar la controversia. Nuevamente, la gravedad queda a merced de la observación imparcial del ciudadano medio y no del criterio subjetivo de la víctima.

La situación que objetiva y grave debe producirse es al menos una de las tres mencionadas; intimidatoria, hostil o humillante. En cuanto a la primera, como menciona⁴² Álvarez García, no hay que confundir el resultado con la acción. Que la víctima sufra una situación intimidante, no implica que necesariamente la conducta consista en intimidación, ni que el medio empleado lo sea en sí mismo. Basta que con la conducta, una vez que ésta es objetiva y grave, la víctima sobre la que recae sienta su libertad amenazada en el ámbito de la relación laboral donde la misma se produce, una situación de miedo constante. Que la situación que sufre la víctima sea hostil implica que ésta sufre, a nuestro modo de entender, algo más que la mera libertad coaccionada, sino una auténtica situación de hostigamiento o persecución, o como menciona Vázquez Iruzubieta⁴³ se constituye en "una forma de trato social que se presenta como un enfrentamiento o una permanente manifestación de conflicto del acosador a su víctima". Finalmente, la situación sufrida por la víctima como humillante implica una afectación a la dignidad personal que encuentra su reflejo en los delitos contra la integridad moral, diferenciándose de éstos por criterios de especialidad. Humillación puede entenderse entonces como degradación, vejación, minusvaloración, algo moralmente ofensivo o ignominioso.

⁴² Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., "Derecho Penal Español Parte Especial I", Dir. Álvarez García, Francisco Javier; Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 442 y ss.

⁴³ Vázquez Iruzubieta, Carlos en "Código Penal Comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)", Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2015, pág. 347.

7. PENALIDAD

La pena prevista en el tipo penal para el delito de acoso sexual en el ámbito laboral es de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses para el tipo básico, de cinco a siete meses de prisión o 10 a catorce meses de multa cuando media prevalimiento o cuando la víctima es especialmente vulnerable si no hay prevalimiento, y finalmente de seis meses a un año de prisión cuando el acoso lo es a persona especialmente vulnerable y existe prevalimiento. La pena prevista para el acoso laboral es de prisión de seis meses a dos años. Finalmente, la pena prevista para el delito de acoso es de tres a dos años de prisión o seis a veinticuatro meses de multa. A simple vista puede verse como el acoso sexual tiene una penalidad mucho menor, lo que de facto lo convierte, increíblemente, en un delito privilegiado respecto al delito de acoso en general, y de acoso laboral en particular. No se acierta a entender las motivaciones del legislador para considerar que el acoso sexual es merecedor de un menor reproche penal que cualquier otra modalidad de acoso, incluso aun cuando se realiza sobre personas especialmente vulnerables y valiéndose de una situación de prevalencia. Lo único que permite “entender” esta aberración penológica consideramos que estriba en que la dispersión de las diferentes modalidades de acoso a lo largo del Código Penal, y la paulatina creación de los diferentes tipos, ha hecho que el articulado penal sobre la materia carezca de la necesaria coherencia que debería serle exigible. Por ello, desde aquí abogamos para que el legislador unifique bajo un mismo capítulo las diferentes formas de acoso, y otorgue a la legislación un carácter unitario, coherente y proporcional.

8. TIPO CUALIFICADO DE PREVALIMIENTO

Al hablar de la presente cualificación, es necesario referirse a dos cuestiones; una, a la significación del propio término de prevalimiento, y la segunda, a que debemos entender por superioridad, toda vez que el prevalimiento lo es por dicha situación de superioridad. Es necesario en todo caso que no solo se dé la circunstancia objetiva de prevalimiento, sino que es necesario también que el sujeto activo tenga el ánimo de abusar de la situación de superioridad laboral existente entre el mismo y la víctima. Así, en cuanto al termino prevalimiento, implica una posición de ventaja, de superioridad de una persona (en este caso el victimario o sujeto pasivo) frente a otra (el sujeto pasivo o víctima). Dicha situación de prevalimiento no podemos hacerla depender exclusivamente de una situación de jerarquía laboral o docente, y de hecho, aunque ésta generalmente pueda implicar una situación de prevalimiento, no siempre tiene que ser así. Y a la contra, puede haber situaciones de prevalimiento aunque no exista dicha jerarquía. Así, cabe que un superior jerárquico dentro de una determinada empresa no tenga sin embargo una auténtica situación de superioridad sobre el sujeto pasivo, y sin embargo, sí que pueda existir la situación de superioridad aunque ambos tengan la misma jerarquía dentro de la empresa. Por ello, la superioridad debe ser real, de manera que el sujeto activo ostente una situación de preeminencia sobre el pasivo, y además, necesariamente ha de hacer abuso de ello. En cuanto a la superioridad, nuevamente no entendemos la misma como meramente jerárquica, ya que la jerarquía puede no conl-

levar necesariamente una situación real de superioridad que permita el prevalimiento del sujeto activo para la conducta de acoso. Sin perjuicio de que efectivamente si pueda serlo. De hecho, el artículo 184 del Código Penal ya expresa que la superioridad tiene que ser jerárquica, o bien laboral o docente. La superioridad consideramos que debe entenderse como una posición real y efectiva de poder o ventaja en algún ámbito de poder concreto del sujeto activo sobre el pasivo (que puede abarcar desde la posibilidad de despedir al trabajador, de suspender a un alumno, influencias por situación de confianza con terceras personas con poder sobre la víctima, influencia comerciales, etc...) abarcando un amplio abanico de posibilidades que deberán analizarse en cada casuística concreta.

9. TIPO CUALIFICADO DE AMENAZAS EN EL ÁMBITO LABORAL

Aunque íntimamente unida a la anterior, mostrándose casi como una especialidad de la misma, hay que incidir que en el presente caso no es necesario que exista una situación de prevalimiento, y de hecho, cabría que incluso el sujeto pasivo estuviera a un nivel jerárquicamente inferior. La cualificación de la conducta se centra en la amenaza, tácita o expresa, de causar un mal relacionado con las expectativas que de forma legítima tenga la víctima en el ámbito donde se produce el acoso (laboral, docente o de relación de servicios). Por ello, ya no es precisa la relación de superioridad.

10. TIPO CUALIFICADO POR RAZÓN DEL SUJETO PASIVO

La cualificación se prevé por la especial vulnerabilidad del sujeto, la cual puede provenir por razones de edad, enfermedad o situación, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 184 del Código Penal. En lo que hace referencia a la edad, antes de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, algunos autores⁴⁴ tomaban como referencia el art. 180-3 del Código Penal vigente en esos momentos, y que establecía en trece años el límite para prestar un consentimiento libre en el ámbito de las relaciones sexuales. Sin perjuicio de que no consideramos que dicho artículo sea referente (como no lo es en otros ámbitos donde también se utiliza concretamente la especial vulnerabilidad para cualificar un tipo penal, como lo es la violencia de género por ejemplo), la misma desaparece con la última reforma penal, que omite esa referencia a los trece años, y modifica también de trece a dieciséis la edad para considerar la comisión de abusos sexuales a menores. A nuestro modo de ver, la especial vulnerabilidad en relación a la edad no presenta especialidades respecto a los otros dos criterios establecidos por el tipo penal (enfermedad o situación), en el sentido que deben concurrir tanto elementos objetivos como subjetivos para entender la concurrencia de la cualificación.

⁴⁴ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 440.

El elemento objetivo obviamente será la minoría de edad del sujeto pasivo. Los elementos subjetivos se concretarán en como esa edad predispone que el mismo – motivado por la edad y no por otras circunstancias – sufra o sea susceptible de sufrir una mayor afectación por la conducta realizada. Para ello habrá de estarse a la mayor o menor madurez sexual de la víctima, que variará en función de criterios tan variables como edad cronológica, desarrollo físico, intelectual y emocional, educación e incluso creencias⁴⁵. Excepcionalmente, la cualificación podría ser aplicable no respecto a la concurrencia de la minoría de edad, sino por el contrario por la avanzada edad de la víctima, siempre que junto a la misma concurren otras circunstancias (situación de aislamiento, dependencia respecto del acosador, o incluso, dificultades por la misma de encontrar otro puesto de trabajo⁴⁶).

Respecto a la enfermedad, la misma puede ser física o psíquica, y entendemos que no existen problemas en considerar que puede ser tanto crónica o permanente como transitoria – por ejemplo, un cáncer-. No cabría incluir aquí los embarazos, inclusive los de riesgo, ya que en modo alguno pueden ser considerados como enfermedad, debiendo remitirse en su caso a la vulnerabilidad por situación. Entendemos que la enfermedad asimismo puede ser tenida en cuenta como factor de vulnerabilidad tanto en cuanto afecte a las capacidades personales de la víctima (por ejemplo, enfermedades psíquicas que lo hagan más sensible a la conducta típica) o sus posibilidades de encontrar otro empleo (por ejemplo, determinadas minusvalías que le limitan sustancialmente una efectiva y real incorporación al mundo laboral).

Por último, el amplio término de “situación” lo convierte en un cajón de sastre donde caben cuestiones tan dispares como son factores económicos, o por ejemplo de exclusión social por motivos étnicos, sociales o culturales. Lo que si es preciso es que dicha situación pueda considerarse objetivamente como creadora de especial vulnerabilidad a ojos del ciudadano medio, y no meramente en la *psiquis* del sujeto pasivo o víctima.

Finalmente, y al igual que ya mencionamos respecto al tipo cualificado por prevalimiento, no basta para la apreciación de la cualificación de especial vulnerabilidad de la existencia objetiva de la situación de edad, enfermedad o situación, sino que es preciso el ánimo del sujeto activo de abusar o aprovecharse de tal circunstancia.

⁴⁵ Creemos que en determinados supuestos las creencias religiosas o morales de la víctima pueden influir en su concepción de la sexualidad y en la afectación que las conductas hostigantes supongan para la misma.

⁴⁶ En este sentido, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 795.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010.
- Begué Lezaun, Juan José en “Sobre las Tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, Revista del Ministerio Fiscal nº 13, 2005.
- Boix Roig, Javier y otros en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte especial Volumen I” Dir. Javier Boix Reig, Editorial Iustel 2016.
- Cobo del Rosal, Manuel y Zabala López-Gómez, Carlos en “El acoso sexual”, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006.
- Escobar Jiménez, Rafael en “Delitos contra la libertad sexual”, V.V.A.A. *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Coord. Ignacio Serrano Butragueño, Editorial Comares, Granada, 1999.
- Lamarca Pérez, Carmen en V.V.A.A. “Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal”, Coord. Carmen Lamarca Pérez, Editorial Colex, 2013.
- Matallín Evangelio, Ángela en “El nuevo delito de acoso sexual”, Tirant lo Blanch, 2000.
- Matus A., Jean Pierre en “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, ADPCP, VOL. LVIII, 2005.
- Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- Paíno Rodríguez, Francisco Javier en “Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género; con especial consideración a las dificultades aplicativas”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F. 2015.
- Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros.
- Queralt Jiménez, Joan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- Ragués i Vallés, Ramón, en V.V.A.A. “Lecciones de Derecho Penal. Parte especial”, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Coord. Ramón Ragués i Vallés, Editorial Atelier, Barcelona 2015.
- Rodríguez Ramos, Luis en V.V.A.A. “Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias”, Dir. Rodríguez Ramos, Luis; Coord. Martínez Guerra, Amparo, Editorial la Ley.
- Vázquez Iruzubieta, Carlos en “Código Penal Comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)”, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2015.
- Velázquez Barón, Ángel en “Delito de acoso sexual”, Barcelona, 2000.

EL ACOSO SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Resumen

La permanencia del acoso sexual se ha convertido en un tipo penal inquietante cuya permanencia en el Código Penal español, como tipo privilegiado frente a otras formas de acoso recogidas tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, hace necesaria o por lo menos conveniente una revisión de su figura en aspectos tales como el bien jurídico, la conducta, ámbito de aplicación, penalidad o concursos, entre otros aspectos.

Palabras clave: *acoso, derecho al sosiego, hostigamiento, amenazas, prevalimiento, libertad*

MOLESTOWANIE SEKSUALNE W HISZPAŃSKIM KODEKSIE KARNYM

Streszczenie

Przestępstwo molestowania seksualnego stało się dyskusyjne po noweli kodeksu karnego Ustawą 1/2015 z dnia 30 marca 2015 r., gdyż zostało uregulowane jako szczególna forma molestowania. Dlatego też stosowne wydaje się omówienie tego przestępstwa, zwracając szczególną uwagę między innymi na przedmiot ochrony, stronę przedmiotową, zagrożenie karne oraz zbiegi.

Słowa kluczowe: *molestowanie, prawo do spokoju, naprzykrzanie się, groźby, wykorzystanie, wolność*

SEXUAL HARASSMENT IN THE SPANISH CRIMINAL CODE

Summary

The crime of sexual harassment has become controversial since the Criminal Code was amended by the Act 1/2015 of 30 March 2015, because it was classified as a special form of harassment. That is why it seems to be necessary to discuss this type of crime drawing special attention, inter alia, to the object of protection, the objective element, potential penalty and concurrence.

Key words: *harassment, right to peace and quiet, intrusion, threat, abuse, freedom*