

EL NUEVO DELITO DE ACOSO SEXUAL: UNA PRIMERA VALORACIÓN

Elena Larrauri

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

Cuadernos de Derecho Judicial, nº 7, 1997.

Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997

<http://www.cienciaspenales.net>

EL NUEVO DELITO DE ACOSO SEXUAL: UNA PRIMERA VALORACIÓN

Elena Larrauri

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

EL NUEVO DELITO DE ACOSO SEXUAL: UNA PRIMERA VALORACIÓN (1)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL. 1. La doctrina penalista. 2. Las perspectivas feministas. 3. Opinión personal. II. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL (ART. 184). 1. Bien jurídico protegido. 2. Sujetos. 3. Comportamiento: solicitud de favores de naturaleza sexual. 4. Relación de superioridad laboral, docente o análoga. 5. Anuncio de un mal. 6. Legítimas expectativas. 7. Parte subjetiva. III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. IV. CONSUMACIÓN. V. PENALIDAD. VI. CONCURSOS. VII. BIBLIOGRAFÍA.

"El acoso sexual surge producto de la jerarquía."

Catharine A. Mackinnon

(1) Este artículo se benefició de la discusión mantenida con los asistentes al curso "Delitos contra la libertad sexual". Ante la imposibilidad de memorizar el nombre de los participantes cuando realizo alguna incorporación me refiero al generico intervinientes.

I. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

1. *La doctrina penalista.*

El delito de acoso sexual introducido en el CP 1995 (2) no ha sido bien acogido por la doctrina penal. En general se ha atribuido a "presiones de signo más emotivo y sentimental que racional" (ORTS, 1996: 951), o bien a presiones de grupos feministas (MUÑOZ CONDE, 1996: 197) (3) y se destaca que estas eran conductas punibles en el tipo de *amenazas condicionales*, cuando se amenaza con un mal no delictivo imponiendo una condición (art.171.1), o bien por el delito de (tentativa de) *abuso sexual de prevalimiento* (art.181.3) (LAMARCA, 1996: 59; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 255; MUÑOZ CONDE, 1996: 197; ORTS, 1996: 956). Se afirma en consecuencia su innecesariedad y su trato privilegiado respecto del existente delito de amenazas, concluyéndose que el legislador ha cedido a "inconfesadas motivaciones de rentabilidad política inmediata" (MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 255; CARMONA SALGADO, 1996: 330).

a) No puedo dejar de detectar una ligera contradicción respecto de la innecesariedad de este tipo penal respecto del delito de amenazas condicionales.

En primer lugar porque parece existir el sentimiento de que el acoso sexual carece de gravedad suficiente (por ello se alude tanto a presiones o motivos inconfesados). Este argumento tiene referencia con el carácter de última ratio del Derecho penal acerca de la innecesariedad de recurrir al Derecho penal cuando el comportamiento expresado carece de extrema gravedad o bien cuando

(2) Antes existía sólo para funcionarios (cfr. art. 443-444 del NCP).

(3) Destaca sin embargo acertadamente LAMARCA (1996: 59, nota 63) la existencia de la obra del magistrado DE VEGA RUIZ (1991): *El acoso sexual como delito autónomo*, partidario de la creación del delito de acoso sexual como un delito autónomo.

otros sectores del ordenamiento jurídico otorgan adecuada protección con un medio menos lesivo (que la pena). Pero este argumento debiera consecuentemente concluir con la exigencia de despenalizar el acoso sexual, pero no con la exigencia de aplicar el delito de amenazas condicionales, pues si el comportamiento de acoso sexual es poco grave o ya recibe adecuada sanción por medio del Derecho laboral o administrativo, no es coherente argüir que se aplique el delito de amenazas condicionales penadas con 6 m/2 a respecto del acoso sexual que tiene una pena de arresto fin de semana (12/24) o multa (6 m/12).

En síntesis, los autores que alegan que es innecesario "pues ya existía el delito de amenazas condicionales" debieran pronunciarse acerca de si estarían de acuerdo en aplicar, a las conductas subsumibles en el acoso sexual, el tipo penal de las amenazas condicionales con la pena de 6 m a 2 a (4).

b) Más complejo es manifestarse acerca de la aplicación a las conductas de acoso sexual del delito de abuso de prevalimiento prevista en el art. 181.3. Cuando se afirma que este tipo penal es aplicable a los comportamientos de acoso sexual se está pensando en la tentativa de abuso de prevalimiento (5), al que en este caso sí le correspondería un pena inferior (multa, rebajada en un grado, de 3 a 6 meses).

Sin embargo ello presupone que la persona autora realiza un comportamiento que en caso de llevarse a término sería subsumible en la figura de abuso sexual de prevalimiento. Lo cual es precisamente uno de los puntos controvertidos en la figura del acoso sexual, por lo que pospongo su discusión hasta el análisis del comportamiento penado

(4) El argumento de que no se requiere un tipo específico evade esta discusión. Si se define claramente por aplicar el delito de amenazas condicionales incluso agravado, para recoger el prevalimiento, con la circunstancia de abuso de superioridad CARMONA SALGADO (1996: 337).

(5) Si bien en el debate surgió alguna opinión contraria, pienso que quien intenta prevalerse de su condición de superioridad realiza ya un acto ejecutivo del abuso sexual de prevalimiento, cual es precisamente el intentar prevalecerse, aun cuando no se produzca contacto corporal ulterior.

en el acoso. Baste por ahora indicar que la figura de acoso sexual puede tener un ámbito de aplicación más amplio que el previsto por la figura del abuso sexual de prevalimiento.

2. *Las perspectivas feministas.*

Desde un punto de vista feminista pueden adoptarse diversas posiciones. Así podría en primer lugar aceptarse las críticas señaladas por la doctrina penalista y exigir, no necesariamente la despenalización sino, que se aumentara la pena para que este delito no fuera privilegiado respecto del delito de amenazas condicionales. Respecto del abuso de prevalimiento también se podría exigir un aumento de penas (como me consta ya se está realizando) para que la tentativa del abuso de prevalimiento tuviera la misma pena que el acoso sexual.

No concuerdo con este tipo de feminismo punitivo pues, en mi opinión, sobrevalora la eficacia del Derecho penal para defender los intereses de las mujeres y obvia la ilegitimidad de recurrir al Derecho penal cuando existen otros medios de protección menos lesivos.

Desde otras perspectivas feministas quisiera resaltar que la regulación del acoso sexual pone de nuevo en cuestión la bondad de la intervención penal debido a que esta ha implicado redefinir el concepto de acoso sexual. En efecto, si se observan las definiciones de acoso sexual (cit. por SALVADOR DEL REY, 1993: 90-91) presentes en la *Equal Employment Opportunity Commission* (Estados Unidos, 1980) o las contenidas en la Recomendación Comunitaria de 27 de noviembre de 1991, se extrae la siguiente conclusión: el Derecho penal ha acogido un concepto restringido de acoso sexual.

En efecto, la *Equal Employment Opportunity Commission* define el acoso sexual como:

«a) Proposiciones sexuales indeseadas, requerimientos para concesiones de tipo sexual y otras conductas físicas o verbales constituyen acoso sexual cuando:

1. El sometimiento a tal conducta se hace, explícita o implícitamente, a condición de empleo;

2. La aceptación o el rechazo de tal conducta por una persona es utilizada como base de una decisión afectante a la relación laboral en si, o

3. Dicha conducta tiene el objetivo o el efecto de interferir injustificadamente con el rendimiento laboral de la persona o crear un ambiente de trabajo ofensivo, hostil o intimidatorio.

b) En orden a determinar si una conducta constituye acoso sexual, la Comisión considerará el caso en su conjunto y a las circunstancias en su globalidad, tales como la naturaleza de las proposiciones sexuales y el contenido en el cual los incidentes alegados han ocurrido. La determinación de la legalidad de una acción particular será determinada a partir de los hechos en cada caso concreto.»

Siguiendo a SALVADOR DEL REY (1993) de esta definición podemos sintetizar los siguientes puntos:

a) Bien jurídico protegido: la intimidad, la no discriminación y la salud laboral.

Como se observa, por su ubicación sistemática, el bien jurídico acogido en el Derecho penal es más restringido, lo cual tiene importancia porque en base a éste puede defenderse la autonomía del delito de acoso sexual y criticarse su ubicación que lo hace concebir como un delito de peligro abstracto contra la libertad sexual.

b) Comportamiento: son aquellas proposiciones o requerimientos o cualquier otro comportamiento físico, verbal o gestual de índole sexual indeseado que ofenda a la persona en su ambiente laboral.

El comportamiento abarca el acoso denominado "quid pro quo" (solicitud a cambio de) y el acoso ambiental (creación de una ambiente hostil) en el que no se solicita ningún tipo de contraprestación sexual sino que se te obliga a tolerar comportamientos de naturaleza sexual.

Como se verá el Derecho penal sólo castiga el primero de ellos y de ahí la crítica repetida de que este delito ya estaba contemplado en el delito de amenazas condicionales.

c) Los sujetos: puede ser el empresario, los compañeros de trabajo o el cliente.

De nuevo el Derecho penal sólo permite acoger de forma clara como sujeto activo del delito aquella persona que esté en una relación jerárquica (6).

3. *Opinión personal.*

El hecho de que el Código Penal haya acogido una definición de acoso sexual restringida tiene importancia práctica y finalmente simbólica. Práctica, porque ello impedirá que muchas conductas que son acoso sexual reciban sanción penal y entonces puede suceder que el acoso sexual pase a ser entendido como lo define el Código Penal (efecto simbólico), cuando este término, como he expuesto, es más amplio.

En segundo lugar pueden plantearse problemas de aplicación debido a la posible polémica de bajo que standard se determina que existe acoso (7). Porque si el standard es "objetivo" éste será el del hombre (medio) que acostumbra a ver el carácter jocoso, pero no el ejercicio de poder que late bajo estas conductas.

Existe un tercer motivo por el cual soy también escéptica respecto de que la penalización del acoso sexual ayude a su disminución. El acoso requiere denuncia de la persona agraviada (o querrela del M. F., art. 191), lo cual significa: a) que la persona es libre para denunciar y b) que es inmune a la publicidad. Desgraciadamente en los casos de acoso no se dan ni la una ni la otra condición. Finalmente pienso que el juez penal está en pési-

(6) De acuerdo a una perspectiva feminista también es acoso el que se produce por el ex-marido y en la calle. Los ejemplos son de Encarna Bodelón.

(7) Véase SABA ASHRAF (1992).

mas condiciones para ofrecer una solución del problema que sí puede ofrecer los mecanismos de Derecho laboral (aviso, cambio de turno, despido del acosador) (8).

En consecuencia, debido a mi preferencia por la resolución más que por la punición, pienso que también respecto de este comportamiento debemos preconizar que intervenga el Derecho laboral y el Derecho administrativo con antelación al Derecho penal. Y que cuando este lo haga los jueces se esfuercen por evitar la pena privativa de libertad que supone el arresto de fin de semana.

II. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL (ART. 184)

1. *Bien jurídico protegido.*

De acuerdo con CARMONA SALGADO (1996: 331) es la libertad sexual debido a que la conducta consiste en constreñir el consentimiento para adoptar un decisión referida a su comportamiento sexual. También para ORTS (1996: 952) el bien jurídico protegido es la fase de formación de la voluntad en el ámbito sexual.

2. *Sujetos.*

Es indiferenciado respecto del género (CARMONA SALGADO, 1996: 331; LAMARCA, 1996: 60; ORTS, 1996: 952). Sin embargo es un delito especial (9) (MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 255) debido a que se exige que la persona esté en un relación de superioridad laboral, docente o análoga.

(8) Debe recordarse el deber de sigilo del enlace sindical previsto en el ET y que podría dar lugar en caso de infringirse a un delito de revelación de secretos (art. 199.1).

(9) Impropio respecto del delito de amenazas condicionales.

Delitos contra la libertad sexual

a) Como se analizara más en detalle posteriormente la exigencia de una relación de superioridad impide considerar sujetos del acoso a los compañeros de trabajo (10).

También será controvertida la decisión cuando quien realiza el comportamiento es un cliente de la empresa, respecto del cual no hay relación jerárquica, pero con el que conviene "estar amable". Estos casos requerirán una interpretación de quien está en relación de superioridad análoga a la docente o laboral.

b) Si el sujeto activo es una autoridad o funcionario en virtud del principio de especialidad serán de aplicación los arts. 443-444 (11).

3. Comportamiento: solicitud de favores de naturaleza sexual.

a) La exigencia de la solicitud implica que el código penal sólo castiga el denominado acoso sexual "quid pro quo" e impide considerar el acoso sexual ambiental punible en el código penal. Ejemplos como el de la persona que constantemente hace chistes ("Moya, agárrame la p...", *El País* 13 de abril de 1997), que deja objetos de contenido sexual, que exhibe videos pornográficos en las reuniones de empresa, no constituye de acuerdo al código penal acoso, puesto que este sujeto no realiza solicitud alguna.

La única posibilidad sería entender que estos comportamientos son constitutivos de la falta de vejación del art. 620.2.

b) La solicitud excluye el contacto corporal puesto que en este caso se entiende que ya se estaría en el ámbito típico de los delitos sexuales (especialmente del abuso sexual con prevalimiento del art. 181.3 y eventualmente del art. 182).

(10) El acoso entre compañeros de trabajo es utilizado por MACKINNON (1986: 107) para mostrar cómo el propio género es una fuente de poder.

(11) Como apuntó uno de los intervinientes la redacción del arts. 443 y 444 impide, de forma incomprensible, que puedan aplicarse a los funcionarios de policía.

FUENTE: LARRAURI Elena, <<El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración>>, 184 Cuadernos de Derecho Judicial, nº 7, 1997. Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

c) Pero, ¿qué significa "favores de naturaleza sexual"? En opinión de MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO (1996: 256) la solicitud ha de ser de un comportamiento que en el supuesto de realizarse constituiría un delito (12), esto es, una actividad típica (13).

Ello es acorde con la interpretación de que los delitos contra la libertad sexual (agresiones y abusos sexuales) requieren un contacto corporal (14), por lo que se considera un "dislate valorativo" (MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 256) castigar aquello que de realizarse no constituiría delito sexual. "Así, solicitar de la víctima la exhibición de partes íntimas de su cuerpo, o ropa interior, por ejemplo, no constituiría, según esta línea interpretativa, delito alguno de acoso sexual. Lo mismo podría decirse de la solicitud de conductas de "voyeurismo", como solicitar de la víctima que presencie los órganos sexuales del acosador o sus prácticas masturbatorias" (MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 256).

En mi opinión esta interpretación es discutible. Puede defenderse que el delito de acoso sexual abre en efecto un espacio autónomo consistente precisamente en solicitudes que en el supuesto de realizarse no constituirían un comportamiento típico de abusos sexuales. Comportamientos como "quítate la ropa interior" o "mírame mientras me masturbo" no son abuso sexual y sin embargo no parece existir un argumento concluyente para excluirlos del tipo de acoso sexual, siempre que concurren el resto de requisitos.

Es cierto que se me puede objetar que los delitos contra la agresión sexual requieren de un contacto corporal, pero afirmar que

(12) Agradezco a Mercedes PÉREZ MANZANO que haya llamado mi atención sobre este extremo.

(13) De acuerdo a CARMONA (1996: 331) la "(...) solicitud deberá concretarse en la petición oral o escrita de mantener con el sujeto *cualquier clase de relación sexual*, con independencia de la índole o entidad del acto de que se trate, pues la letra del art. 184 no especifica al respecto". Debido a su interpretación de los delitos sexuales (1996: 305) entiendo que su posición coincidiría con la expuesta por MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO. No se manifiestan expresamente respecto de este punto LAMARCA (1996:60), ni ORTS (1996:953).

(14) Siendo las actividades de contemplación (p.ej. te fuerzan a mirar video) clasificables en el delito de coacciones.

ello se requiere también en el delito de acoso sexual es una "petitio principii" producto de, como he señalado, interpretar el acoso sexual no como un delito autónomo sino como una fase ejecutiva de los delitos sexuales.

En segundo lugar no es totalmente exacto que los delitos contra la libertad sexual requieran el contacto corporal. Así los delitos de exhibicionismo consisten en "ejecutar o hacer ejecutar a otros actos de exhibición obscena" sin que exista en ellos contacto corporal, del mismo modo que el art. 186 castiga al que difunda material pornográfico y en este caso tampoco hay actividad corporal. Ciertamente, como observan MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 256-257), estos dos casos sólo se castigan cuando se realizan ante menores o incapaces. En mi opinión, no obstante, la exclusión de otras personas como sujeto pasivo de los delitos de exhibicionismo y pornografía obedece en el primer caso por falta de peligrosidad frente al exhibicionista de la calle y en el segundo para evitar la punición de actividades consentidas. Sin embargo en el caso del acoso sexual la situación es distinta, no puedes sencillamente alejarte del exhibicionista si es tu jefe, ni puedes decir que la visión de material pornográfico es consentida si sabes que tu retirada de la reunión dará lugar a consecuencias negativas.

Por último deberá advertirse que negar que estos comportamientos sean delito de acoso sexual implicaría, de aplicarse los principios generales, castigarlos por el delito de coacciones, que puede llevar a pena de prisión de 6 m. a 3 años, decididamente más severa que la prevista para el delito de acoso sexual (15).

Si no se acepta que el acoso sexual es un delito autónomo y prevalece su interpretación como un delito de peligro abstracto contra la libertad sexual, entonces quedará como recurso el delito, reconocidamente ambiguo, del art. 173.

(15) Es cierto que se podría traer de nuevo a colación la existencia de la falta de coacción leve (art. 620.2). Sin embargo su aplicación requerirá mostrar que este tipo de coacción acompañado de requerimiento sexual es menos grave que otros atentados a la libertad que se subsumen en el delito de coacciones.

El nuevo delito de acoso sexual: Una primera valoración

- d) La solicitud puede ser para sí mismo o para un tercero. Puede realizarse de forma oral o escrita.

4. Relación de superioridad laboral, docente o análoga.

- a) Ya he expuesto como la exigencia de relación de superioridad excluye a determinadas personas como compañeros de trabajo y ex-maridos.

He destacado la posible existencia de una laguna respecto del cliente de la empresa. De forma parecida **MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO** (1996: 257) se plantean el supuesto de si puede acosar el chofer del director a la secretaria de aquel, pues por su ascendencia con este puede llegar a frustrar sus expectativas laborales. Su posición (coincidente con **ORTS**, 1996: 953) es que en este caso no hay acoso pues no existe la objetiva relación de superioridad (16).

En mi opinión ciertamente no basta con influir, pero exigir la existencia de una relación de superioridad objetiva, cierta, parecería cerrar toda posible interpretación de "análoga". Por ello quizá la solución estriba en que la persona que puede determinar, no sólo influir, por estar a su vez en una posición preeminente, al jefe, está en una posición de superioridad análoga (17).

- b) Se ha observado que esta relación de superioridad es distinta respecto del abuso de prevalimiento. Por un lado, el art. 181.3 exige que la relación de superioridad sea manifiesta y por otro lado no la circunscribe a los casos de superioridad laboral o docente o

(16) Otra cuestión, aparentemente distinta que afectaría a cuestiones de coautoría, es que "no es necesario que la decisión que frustré las legítimas expectativas del sujeto corresponda al ámbito de competencias propias del sujeto acosador: basta con que pueda directamente influir en tal decisión." O sea no es necesario que sea el mismo quien adopte la decisión de frustrar las expectativas legítimas pero sí debe ser el mismo quien esté en relación de superioridad. **MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO** (1996: 257).

(17) Ciertamente no existe el problema si quien lo pide es el jefe ya que está previsto que la solicitud sea "para sí o para un tercero".

análoga. Por razones sistemáticas CARMONA SALGADO (1996: 332) sugiere que se interprete como en el delito de abuso sexual, siendo entonces punible el prevalimiento por causas económicas o por razones de edad (CARMONA SALGADO, 1996: 323).

Me parece más aceptable la interpretación de análoga realizada por ORTS (coincidente LAMARCA, 1996: 60) en el sentido de interpretar que es análoga una relación de la cual dependen expectativas.

c) MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO (1996: 259) niegan que pueda darse prevalimiento antes de la relación laboral ya que el tipo penal habla de "legítimas expectativas en el ámbito de dicha relación". Esta interpretación, basada en la literalidad del artículo, no me parece convincente ya que también podría aludirse a que el tipo penal se refiere a "situación laboral" y no necesariamente a relación. Debería tenerse en cuenta que el acoso se produce en numerosas ocasiones en el momento de acceso y quien puede dar o negar el puesto de trabajo está en una relación de superioridad laboral. Además en el primer caso recurrir al Derecho laboral también es más difícil puesto que la persona no es aun una trabajadora y no puede buscar la protección otorgada por el Estatuto del Trabajador ni por el convenio de la empresa (18).

5. *Anuncio de un mal.*

a) Existe acuerdo en que el mal debe ser real (entendiendo por real que su realización esté al alcance de quien emite el anuncio) y de una cierta gravedad (19). No se limitan los medios por el cual el mal puede ser anunciado, oral o por escrito.

(18) Lo único que cabría es una demanda por no concesión del empleo alegando vulneración directa del art. 14 de la Constitución. La dificultad de ello es que está reconocido la libertad de contratación del empresario por lo cual entraríamos en el problema de: a) demostrar que su no contratación es discriminación por sexo en el empleo; b) que su expectativa de ser contratada era legítima.

(19) Si bien ello parece atendible lo que me parece extraño es que se afirme la necesidad de la contumacia o reiteración del comportamiento (MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 256-257).

- b) El anuncio de un mal puede ser expreso o tácito (con las dificultades probatorias inevitables).
Algunos autores (LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, 1996: 11) entienden que la posibilidad de que el anuncio de un mal tácito constituya acoso explicaría la menor penalidad de este delito respecto del delito de amenazas (20).
- c) CARMONA SALGADO (1996: 333) observa que se ha excluido el anuncio de causar un mal a terceros (p. ej. despediré a tu madre), a diferencia de lo que sucede en los tipos penales previstos para funcionarios.
- d) Este mal no es tan grave como la intimidación de la agresión sexual, pero en opinión de MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO (1996: 258) implica más que un simple prevalimiento, constituyendo una especie de "tertium genus" (21).
En mi opinión el anuncio de un mal es la forma de prevalese, por ello excluiría que en este delito constituya prevalimiento la diferencia de edad (véase apartado II.4.b) y también entendería que en el caso de producirse la relación sexual el delito de abuso sexual de prevalimiento absorbe todo el desvalor (esto es, prevalimiento y anuncio de un mal) (véase apartado VI).
- e) Finalmente: el anuncio de un mal, ¿es igual a la no causación de un bien? Para ORTS (1996: 951) "(...) no incurrirá en

(20) Más matizadamente MUÑOZ CONDE (1996:198) quien admite que el anuncio de un mal tácito integra el delito de amenazas pero resulta de más difícil inclusión en este. CARMONA SALGADO (1996:337) no comparte este argumento pues en su opinión que el anuncio sea expreso o tácito no dice relación con la gravedad del mal.

(21) De la misma forma que, en un esfuerzo por diferenciar esta figura del delito de amenazas, se afirma que en el acoso sexual la amenaza de mal puede ser tácita, se intenta diferenciar del abuso de prevalimiento remarcando que en el acoso sexual se requiere además el anuncio de un mal. Ambas diferencias deben ser objeto de mayor reflexión por la repercusión que pueden tener en el momento de solucionar los posibles concursos de delitos.

acoso sexual el sujeto que en lugar de anunciar un mal, anuncie un bien, ofrezca un regalo, una mejora laboral (...). Por el contrario LAMARCA (1996: 60) entiende que "(...) el ofrecimiento expreso de un bien no es más que una formulación verbal equivalente al anuncio de un mal".

En realidad hay ciertos supuestos en que en efecto es lo mismo. Pero en ciertas ocasiones quizá se pueda cuestionar si el anuncio de un bien o de una recompensa es sinónimo al anuncio de un mal. Ofrecer un plus de sueldo a cambio de mantener relaciones sexuales ¿es un mal o es un bien? Ello depende en mi opinión de las "legítimas expectativas", que es el último apartado objeto de análisis.

6. Legítimas expectativas.

Como ha detectado toda la doctrina penal esta exigencia requerirá la ardua prueba de que la persona tenía una expectativa legítima de acceder al bien que se le niega.

En el supuesto en que exista un derecho ello no debiera ser tan problemático (p.ej. claramente la estudiante que sabe que se aprueba con 20 preguntas correctas de test y sin embargo ha suspendido). Sin embargo, como advierte LAMARCA (1996: 60), las legítimas expectativas no pueden limitarse a los casos en que exista un derecho vulnerado.

Un segundo supuesto en consecuencia es cuando se entra en el terreno de la potestad discrecional del empresario o docente (MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 258; MUÑOZ CONDE, 1996: 198). En estos casos resulta más difícil fundamentar cuando la expectativa era legítima y ha sido vulnerada y cuando estamos en el terreno potestativo.

Me parece que la solución estriba en afirmar que hay una expectativa legítima vulnerada cuando esta se puede fundamentar en una discriminación por sexo. Desde luego el empresario tiene derecho a contratar a quien desee, pero no a dejar de contratar

basándose en argumentos discriminatorios por sexo; también tiene derecho a promocionar a quien guste, pero no basado en méritos sexuales. Porque ello es discriminación por sexo es por lo que vulnera la legítima expectativa de que se atiendan a criterios objetivos como la antigüedad o mérito.

Un ulterior supuesto es cuando la expectativa sea infundada. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO (1996: 1996: 258) entienden que no existirá expectativa legítima cuando esta sea infundada pues "(...) en estos casos, lo que sucede más bien es que el superior no amenaza, sino que sugiere la obtención del ascenso por los solos méritos a prestar en el terreno sexual".

También LAMARCA excluye las aspiraciones ilícitas o indebidas, pero manifiesta que es indiferente que el alumno merezca o no el aprobado pues se castiga la ilicitud de la condición (1996: 60, nota 69). Con esta nota LAMARCA detecta el problema existente: por un lado no se pueden tomar en consideración las aspiraciones infundadas, por otro es indiferente que el alumno merezca suspender, pues lo reprochable es la condición ilícita.

La resolución, paradójica, será llevar estos supuestos al delito de amenazas condicionales, puesto que si bien no tienes una expectativa "legítima" a aprobar, lo que es un "mal" es que se condicione a tener relaciones sexuales (22).

7. *Parte subjetiva.*

Sólo es punible el acoso sexual realizado con dolo, entendido como conciencia y voluntad, que deberá abarcar todos los aspectos que delimitan el tipo penal.

(22) Lo contrario sería como afirmar que no constituye un mal cuando se amenaza con denunciar un delito que has cometido porque de todas formas debías contar con la denuncia. Sin embargo en este caso está claro que la licitud del mal no es óbice para castigar cuando este se somete a una condición indebida.

III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

CARMONA SALGADO (1996: 332, 335) se plantea la responsabilidad del mediador ("celestinaje") afirmando que en su opinión ello constituiría o bien una inducción o bien –si se acepta que no son delitos de propia mano– un autor mediato.

Indudablemente es arriesgado manifestarse con carácter general sin cerciorarse de en qué supuestos se está exactamente pensando. Sin embargo a título general en mi opinión las conductas del mediador serían supuestos de autoría inmediata puesto que solicita para sí o para tercero, que es todo lo que requiere el tipo penal.

El problema planteado (en la nota 16) cuando uno solicita (ej. cliente) y otro frustra las expectativas laborales podrían ser resueltas como coautoría, puesto que ambos realizan actos ejecutivos, o mediante el recurso a la figura del cómplice necesario.

IV. CONSUMACIÓN

De acuerdo a ORTS (1996: 954) es de simple actividad, basta la solicitud y el anuncio de un mal. En opinión de CARMONA SALGADO (1996: 334) es imaginable una tentativa "(...) ya que la mera "solicitud", no seguida del correspondiente prevalimiento y amenaza mencionados, sería por sí misma insuficiente para su efectiva consumación".

El problema en mi opinión es que en este caso tampoco existiría tentativa. La mera solicitud por parte de una persona en relación de superioridad no es acoso, este empieza cuando se prevalece anunciando un mal (aun cuando sea tácitamente), pero entonces ya está consumado (23).

(23) Señala que se puede producir tentativa, de forma similar a las amenazas, cuando el mensaje ha sido emitido pero no ha llegado aun a la persona destinataria (ORTS, 1996:954; coincidente CARMONA SALGADO, 1996:334).

V. PENALIDAD

La doctrina destaca la pena disfuncional respecto de amenazas condicionales y respecto de abuso en grado de tentativa.

Respecto del delito de amenazas ya se ha destacado el carácter privilegiador del delito de acoso (24).

Respecto del delito de abuso de prevalimiento se destaca el privilegio en este caso del abuso sexual, produciéndose una quiebra del principio de proporcionalidad pues se castiga exactamente igual a quien solicita (acoso sexual del art. 184) que a quien consigue tener contacto corporal (art. 181.3) (CARMONA SALGADO, 1996: 335; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 260; ORTS, 1996: 956) (25).

VI. CONCURSOS

Los concursos que pueden plantearse son en principio los siguientes:

a) Si la persona accede estaremos frente a un abuso sexual de prevalimiento con acceso carnal (o sin). A favor del concurso de leyes (principio de consunción) se manifiesta en general la doctrina (CARMONA SALGADO, 1996: 334; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 259; MUÑOZ CONDE, 1996: 198; ORTS, 1996: 956).

Sin embargo LAMARCA (1996: 59) entiende que el abuso de prevalimiento no absorbe el anuncio de un mal y además los arts. 443 y 444 (referidos a funcionarios) prevén expresamente el concurso de delitos (concurso medial).

(24) Pero entonces lo consecuente es, como realiza MUÑOZ CONDE (1996:198), defender la aplicación del delito de amenazas en base al principio de alternatividad (art. 8.4).

(25) Pero entonces lo consecuente sería, como realiza LAMARCA (1996: 61), argüir en pro de un concurso de delitos entendiendo que el prevalimiento no consume el anuncio de un mal.

Delitos contra la libertad sexual

En mi opinión la generalidad de los casos deben resolverse por consunción ya que el prevalimiento implica, en el delito de acoso sexual, el anuncio de un mal aun cuando sea tácito. De lo contrario no acierto a ver como se prevale.

Sin embargo quizá sí es pensable en algún supuesto (p.ej. acoso sexual continuado a lo largo del tiempo) que el contacto corporal no absorba todo el acoso padecido.

b) Respecto del delito de amenazas preconizan concurso de leyes a resolver por especialidad del delito de acoso (CARMONA SALGADO, 1996: 335; LAMARCA, 1996: 60; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 260, quienes alegan el principio de vigencia; ORTS, 1996: 995); por el contrario se manifiesta partidario de aplicar el delito de amenazas por alternatividad MUÑOZ CONDE (1996: 198) para no privilegiar la figura del acoso sexual.

c) Si se acosa a muchas personas sería un concurso real. Si se acosa a una persona muchas veces podría apreciarse un delito continuado (art.74).

d) Si el sujeto activo es un funcionario o autoridad serían de aplicación, por el principio de especialidad, los arts. 443-444 (CARMONA SALGADO, 1996: 334; ORTS, 1996: 957).

e) Finalmente ORTS (1996: 955-956) plantea la posibilidad de concurso real con alguno de los delitos contra los derechos de los trabajadores, en concreto el art. 314.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ASHRAF, Saba (1992) "The Reasonableness of the "Reasonable Woman" Standard: An Evaluation of its Use in Hostile Environment Sexual Harassment Claims under Title VII of the Civil Rights Act" en *21 Hofstra L. Rev.*, 483.

FUENTE: LARRAURI Elena, <<El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración>>.

- CARMONA SALGADO, Concepción (1996) "Comentario" en M. Cobo del Rosal (director) *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I. Madrid, Marcial Pons.
- LAMARCA, Carmen (1996) "La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal" en *Jueces para la Democracia*, n.º 27, noviembre.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996) *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, Eurojuris.
- MacKINNON, Catharine (1986) "Sexual Harassment: Its First Decade in Court" en *Feminism Unmodified*. Cambridge, Harvard University Press.
- MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón (1996) "Comentario" en G. Quintero (director) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona, Aranzadi.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1996) *Derecho Penal. Parte Especial*. 11.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, Enrique (1996) "Comentario" en T.S. Vives Antón (coord) *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- REY GUANTER, Salvador del (1993) "Acoso sexual y relación laboral" en *Relaciones Laborales*, n.º 3/4 año 9.