



El acoso en derecho penal: “Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso”

María Isabel Martínez González

Prof^a Titular de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

Silvia Mendoza Calderón

Investigadora MEC. Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción. II. Las principales formas de acoso contempladas en el Código Penal. A. El acoso en el entorno laboral. 2. El acoso escolar. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción

En la actualidad podemos considerar que desgraciadamente, el acoso es un fenómeno social presente en muchas parcelas de la vida humana. Se caracteriza porque a pesar de poseer diferentes perfiles según el contexto en el que se produce (ya que se puede dar en un entorno laboral, administrativo, escolar, familiar e incluso sentimental), e interviniendo distintos tipos de sujetos (según su edad, sexo o condición sociocultural), siempre presenta una serie de rasgos comunes, que se traducen en formas de conducta de hostigamiento y persecución. Estos comportamientos se pueden exteriorizar bien en una forma directa, a través de la proliferación constante de insultos, amenazas, actos violentos y vejaciones, o bien, bajo formas más sutiles, con la producción de actos solapados que sumen al sujeto que lo padece, en un constante estado de angustia y depresión.

Según informan los expertos, en España el dieciséis por ciento de la población española ha sufrido acoso psicológico en el trabajo, y de dicho porcentaje, el ochenta por ciento ha desarrollado como consecuencia problemas clínicos, con un treinta y dos por ciento de los mismos de carácter grave. El perfil del acosado se corresponde generalmente con supuestos de mujeres con edades comprendidas entre los treinta y cinco y cuarenta y cinco años, brillan-

tes, preparadas, con capacidad de decisión, que intentan agradar, presentando un alto sentido de la responsabilidad y muy trabajadoras, mientras que en contraposición, el perfil del acosador recae sobre personas inseguras, que en un momento determinado temen por la pérdida de su puesto de trabajo (o determinados privilegios laborales establecidos), y que son capaces de desarrollar una perspicaz labor de hostigamiento, que se prolonga a lo largo del tiempo y que necesita una serie de testigos ciegos, sordos y mudos, que no sean capaces de declarar esta situación¹.

En relación a conductas abusivas contra la mujer por razón de su sexo, organismos como Amnistía Internacional han declarado que la violencia contra las mujeres se ha constituido probablemente como la violación de los derechos humanos más universal de cuantas se producen hoy en día, hallándose en todas las sociedades del mundo, sea cual sea su sistema político o económico y no diferenciándose culturas, religiones, clases sociales o etnias². Se calcula que una de cada tres mujeres en el mundo ha sido golpeada, obligada a mantener relaciones sexuales o sometida a algún otro tipo de abuso a lo largo de su vida³.

Descendiendo a un plano más concreto, como es el caso de Andalucía, en algunos servicios jurídicos sindicales para mujeres trabajadoras, se ha señalado que el cincuen-

¹ EL MUNDO, en su edición del miércoles 21 de abril de 2004, www.elmundo.es visitada en fecha 21 de abril de 2004. Según datos obtenidos de la Mutuality Laboral, ASEPEYO.

² Debido a que un tratamiento tanto de la violencia de género como de la violencia doméstica, sobrepasaría las previsiones del presente trabajo, no se abordan otras formas de acoso a través de amenazas y coacciones leves contra la mujer, reguladas particularmente en la ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas contra la Violencia de Género, que requerirían un estudio más específico dentro del especial contexto en el que se desarrollan.

³ NAREDO MOLERO, “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra la mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos” en VV.AA., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 191 y s.

ta por ciento de los expedientes abiertos corresponden a casos de acoso sexual⁴.

En el mismo sentido en el entorno escolar se ha denunciado que quince de cada cien alumnos de ESO han sufrido violencia en el sistema educativo y de ellos tres, además, acoso o *bullying*, de los que en su gran mayoría, el sesenta y cinco por ciento, son chicas. Este acoso no es un insulto ocasional, que formaría parte de la denominada violencia escolar, sino que se trata de conductas sistemáticas y persistentes que tienden a aislar a la víctima, dándose en situaciones de desequilibrio de poder y no siendo perceptible por terceros⁵.

Ante tales actuaciones, las respuestas que ofrece el Derecho son muy variadas, estando llamadas a intervenir distintas ramas del ordenamiento jurídico según la gravedad que pueda llegar a alcanzar el caso. En el acoso laboral pueden originarse tanto denuncias a la Inspección de Trabajo con sanciones administrativas revisables en el orden contencioso administrativo, como acciones resolutorias o indemnizatorias en la vía judicial laboral. En algunos casos incluso, podrán presentarse denuncias o querrelas ante la jurisdicción penal⁶.

En el medio escolar las conductas de acoso son indagadas principalmente por parte de las autoridades gubernativas y órganos competentes en materia de Educación, procediéndose a la apertura de expedientes de investigación y a la presentación de determinados protocolos de actuación en los diferentes centros educativos, que abarcarían desde medidas preventivas (como cambio de clase e incremento de la vigilancia por parte de los profesores) hasta el planteamiento de las medidas disciplinarias pertinentes para los agresores⁷. Cuando los hechos presentasen indicios de delito son las correspondientes Fiscalías (Ministerio Fiscal, Fiscalía de Menores), las encargadas de investigar los sucesos⁸.

En el presente estudio se pretende exponer, en una visión sintética, cómo el Derecho penal se enfrenta a tales conductas acosadoras, que pueden enjuiciarse desde diferentes apartados del Código Penal. Estos comportamientos podrían calificarse según los casos, como Delitos contra la libertad sexual, Abusos en el ejercicio de su función por parte de funcionarios públicos, Delitos contra la integridad moral, y finalmente, hechos calificables como tipos delictivos más subsidiarios como coacciones o amenazas⁹. Por lo tanto, a pesar de reconocer la complejidad de

la materia, trataremos de distinguir los perfiles jurídico-penales de cada figura y examinar sus correspondientes consecuencias jurídicas, sobre todo admitiendo, que la cuestión presenta una serie de problemas sociales, de raíces formativas y manifestación de carencias educativas, ante los cuales pueden operar mucho mejor mecanismos preventivos informativos y educativos, que la respuesta que ofrece el Derecho penal, que sólo está llamado a actuar como último recurso.

II. Las principales formas de acoso contempladas en el Código Penal

A. El acoso en el entorno laboral

El acoso en el trabajo implica un fenómeno muy complicado no sólo desde el punto de vista social sino también jurídico. Consta un alto grado de conflictividad en las relaciones laborales con posibles repercusiones más allá de los sujetos en conflicto y fuera del ámbito del centro de trabajo o de la empresa. Según la doctrina laboral se distinguen distintos tipos de acoso, existiendo tres grandes grupos: Por un lado existe el **acoso moral o mobbing**, que afecta a la dignidad y a la integridad moral de la persona, el **acoso discriminatorio**, por razones de raza, religión, sexo, y el **acoso sexual**, en sentido estricto, que a su vez se subdivide en **acoso sexual ambiental** y **acoso sexual de prevalimiento**¹⁰.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en vigor desde el 1 de enero de 2004, menciona en su art. 37 a los **acosos ilícitos por discriminatorios** como aquellos que se producen originados por razones raciales o étnicas, religiosas o por determinadas convicciones, discapacidades, de edad, u orientación sexual.

Asimismo la *Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002*, distingue entre lo que son conductas acosadoras por razón del sexo de la persona, del acoso sexual propiamente dicho, aunque ambos sean contrarios al principio de la igualdad en el trato, y no solamente en el lugar de trabajo, sino también en el acceso al empleo, a la formación profesional, durante el empleo mismo y la posterior ocupación. El

4 EL PAIS, en su edición del día 20 de mayo de 2005, en www.elpais.es visitada en fecha 20 de mayo de 2005. Los datos corresponden según el artículo al servicio de defensa legal de trabajadoras de UGT-Andalucía.

5 EL PAIS, en su edición del día 29 de septiembre de 2005, en www.elpais.es visitada en fecha 29 de septiembre de 2005.

6 MARTÍNEZ ESCRIBANO, "El acoso en el trabajo", en *La Toga*, Sevilla, Septiembre-Octubre, 2004, pág. 7

7 EL PAIS, en su edición del día 10 de marzo de 2005, en www.elpais.es visitada en fecha 10 de marzo de 2005.

8 EL PAIS, en su edición del día 16 de marzo de 2005 y 12 de octubre de 2005, en www.elpais.es visitada en fecha 16 de marzo de 2005 y 12 de octubre de 2005 respectivamente. El defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, ha denunciado que el número de quejas recibidas relacionadas con el acoso se incrementó un cuarenta por ciento de 2003 a 2004.

9 Sin olvidar conductas discriminatorias aisladas que no lleguen a ser consideradas como acoso, que constituyan Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 311 y siguientes del Código penal.

10 MARTÍNEZ ESCRIBANO, "El acoso en el trabajo", en *La Toga*, Sevilla, Septiembre-Octubre, 2004, pág. 7.

principio de igualdad de trato descrito en la Directiva *supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, e incluso referida al estado matrimonial o familiar*. En cambio, se define al acoso sexual como **aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal, físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo**¹¹.

Sin embargo, desde la perspectiva penal el acoso en el entorno laboral presenta unos contornos distintos. En primer lugar no existe un delito que recoja expresamente la figura del acoso discriminatorio por razón de sexo, tal y como lo entiende la normativa comunitaria laboral y en segundo lugar, el delito de acoso sexual no se encuentra ubicado en un contexto relacionado con los derechos reconocidos a los trabajadores, sino que se recoge entre las conductas atentatorias a la libertad sexual.

En el art. 184 del actual Código penal, se ha reconocido al delito de acoso sexual, tratando de englobar, como veremos posteriormente, al denominado acoso ambiental y al chantaje sexual o acoso *quid pro quo*. El problema, sin embargo, consiste, en que ambas figuras parten de la problemática “petición de favores de naturaleza sexual”, con lo cual, su aplicación requiere de un esfuerzo interpretativo que dividiendo conceptos elaborados por el Derecho laboral, los adapte a las formas expresamente recogidas en el tipo.

Por otro lado, también podemos adelantar que todas aquellas acciones hostigadoras y vejantes, que no encuadren en el art. 184 CP, podrían ser reconducidas al art. 173.1 CP, como delitos contra la integridad moral, valorándose en el caso de conductas acosadoras por razón del sexo, la agravante genérica recogida en el art. 22.4 CP, que explícitamente se refieren a la comisión del delito, entre otros motivos, por razón del sexo u orientación sexual que posea la víctima.

Al mismo tiempo, debemos distinguir en el campo de los delitos relacionados con los derechos de los trabajadores, regulados en los artículos 311 y siguientes del Código penal, aquellas prácticas discriminatorias por razón de sexo que no merezcan la calificación de acoso, por ser aisladas (y no implicar la vejación que conlleva cualquier tipo de acoso), con la correspondiente agravante del art. 22.4 CP, si la conducta se realiza por los motivos anteriormente mencionados, excepto que expresamente constituyan el delito previsto en el art. 314 CP, que contempla al delito de discriminación laboral, *stricto sensu*.

Por lo tanto, debemos recalcar que en ámbito penal no hay que confundir discriminación con acoso, puesto que no todo acoso tiene por qué estar promovido por motivos discriminatorios, al igual que no toda discriminación tiene por qué implicar un acoso. Con respecto a la primera cuestión el Derecho penal tiene que enfrentarse al denominado acoso moral o *mobbing*, que lo sufren tanto hombres como mujeres y que no se asienta en principio sobre motivos de discriminación sexual. En lo que se refiere a la segunda indicación, el acoso sea del tipo que sea, siempre va a entrañar un hostigamiento de la persona que lo sufre, y una conducta discriminatoria aislada (como por ejemplo contratar a una mujer con engaños suprimiéndole derechos legalmente establecidos, y realizar el delito por el hecho de ser la víctima una mujer) puede ser un delito de los recogidos en el art. 311 y siguientes del Código penal con la agravante en su caso del art. 22.4 CP, pero no implicaría propiamente una conducta de acoso.

1. El acoso sexual

Hasta hace pocos años no existía el término acoso sexual, ya que en el entorno laboral estaba tan asumido el considerar a la mujer como un objeto sexual, que no se consideraban reprobables conductas como comentarios sugerentes sobre la apariencia física, toqueteos, contactos físicos no deseados, aproximaciones claramente sexuales, etc. El concepto nace cuando colectivos feministas señalan que existen situaciones en las que la mujer es víctima de un abuso de poder y de humillaciones en el medio laboral o docente¹².

Hoy en día el acoso laboral lo sufren tanto hombres como mujeres, aunque los primeros más minoritariamente, si bien, las formas de acoso se perfilan de forma distinta no solamente por el sexo de la víctima sino por el tipo de labor que desarrolla la persona acosada. Por ejemplo, los problemas con los que se enfrentan las mujeres profesionales (como doctoras, abogadas, profesoras de universidad), en lo referente al acoso sexual presentan diferencias con respecto a conductas de acoso en otros contextos: estos comportamientos pueden enmascararse o parecer menos serios que los que experimentan otras mujeres en ocupaciones de otro tipo, porque las organizaciones profesionales tienen normas de conducta que prohíben acciones abiertamente violentas que puedan ser comunicadas a la policía, suelen ser acosos verbales y en tono menor, y además surge la convicción de que su profesión puede resentirse si protestan y por ello, optan por guardar silencio o actuar anónimamente. A ello se suma, que no es

11 Según dicha Directiva se entiende por **acoso la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo**.

12 PÉREZ CONCHILLO, BORRÁS, OCHOA, *Sexo a la fuerza*, Madrid, 1996, págs. 18 y s. Se plantea que políticas serias de educación sexual conjuntamente de niños y niñas desde las primeras etapas escolares deben facilitar que no se contemple al otro, sea cual sea su sexo como un objeto, para reducir socialmente las agresiones sexuales.

probable que existan muchas mujeres en su entorno profesional, con lo cual no son apoyadas ante el consenso organizativo profesional¹³.

Tradicionalmente se ha considerado que el acoso sexual constituye una forma de ataque a la libertad sexual puesto que la persona es libre por Derecho natural, y esta autonomía ha de primar en cuanto se refiere a las relaciones sexuales¹⁴. Poder elegir la vida sexual, decidir cómo y con quién es un derecho que no puede ser conculcado¹⁵.

Desde esta perspectiva la esencia del acoso sexual reside precisamente en la conculcación de esta libertad sexual y del derecho a elegir nuestras relaciones sexuales, sobre todo partiendo como señala VEGA RUIZ de que la libertad sexual tiene dos vertientes: una positiva, que atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales tanto en el comportamiento particular como frente a los demás, y una negativa, relativa a su aspecto defensivo, es decir, al derecho de la persona a no verse involucrada en un contexto sexual¹⁶.

Con el acoso sexual se fuerza a la persona, se la comprime, se la perturba contra lo que su instinto quiere, ya sea con gestos reiterados, actos, palabras y con presiones físicas de menor entidad que conforman una conducta punible, porque con ella se quebranta el sosiego, la tranquilidad y la libertad de la persona. Por ello frente a las críticas de la doctrina penal que estiman que el instinto sexual es un impulso muy complejo en el que intervienen múltiples componentes físicos y psíquicos, y que va encaminado muchas veces a la búsqueda de una pareja y no sólo a la actividad sexual, desde esta óptica se destaca que lo importante, es que dicha búsqueda también se de-

sarrolle en libertad. El acoso sexual es punible porque hay libertad para oponerse a la solicitud que se hace a la persona¹⁷.

Sin embargo, la doctrina penal también ha buscado otra fundamentación para la penalización del acoso sexual partiendo de elementos consolidados en el ámbito del Derecho laboral, en el que se presenta al acoso sexual desde tres perspectivas distintas. En primer lugar se le considera un atentado a la dignidad personal del trabajador que lo sufre, en segundo lugar, se estima una forma específica de discriminación laboral por razón de sexo, y en tercer lugar, se fundamenta su sanción laboral desde el punto de vista de que tales conductas suponen una violación del derecho a la seguridad, la salud y la integridad física y moral del trabajador que las padece, pudiendo ser apreciado incluso como un riesgo profesional. OLAIZOLA considera que al ámbito penal solamente serían trasladables alguno de estos fundamentos, si bien, entendiendo que lo que realmente se lesiona con el delito de acoso sexual sería la dignidad, la tranquilidad y la seguridad de la persona en un determinado ámbito, ya que, en su opinión, aunque como telón de fondo aparezca la libertad sexual, lo que caracteriza a este delito es que coloca al sujeto en una situación que le impide desarrollar sus tareas en una forma tranquila y segura. No es relevante que la víctima acceda o no a las pretensiones del autor, sino que quede constreñida por el mismo, bien porque éste cree con su comportamiento una situación hostil o humillante, porque se prevalega de una situación de superioridad, o la amenace con causarle un mal relacionado con sus legítimas expectativas¹⁸.

13 NICOLSON, Paula, *Poder, género y organizaciones*, Madrid, 1997, pág. 172.

14 VEGA RUIZ, *El delito de acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991, pág. 12.

15 PÉREZ CONCHILLO, BORRÁS, OCHOA, *Sexo a la fuerza*, Madrid, 1996, pág. 13.

16 VEGA RUIZ, *ul.op.cit.*, pág. 16.

17 VEGA RUIZ, *ul.op.cit.*, págs. 21 y s. Confrontar asimismo DIEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, pág. 217 s, que destaca que a un Derecho penal auténticamente pluralista, se le exige una actuación que no inspirada en una concreta valoración global de la sexualidad, obstaculice toda pretensión de imposibilitar una libre opción en este ámbito. Se le exige fundamentalmente que tutele el bien jurídico de la libertad individual. Hemos de destacar a este respecto que a pesar de sostenerse por la doctrina una visión de la libertad sexual entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y a la disposición del propio cuerpo, y que el dolo en esta materia se entiende como realización voluntaria de una acción con conocimiento de su significado sexual, no requiere ningún otro elemento subjetivo más, como ánimo lascivo (Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2004, págs. 213 y ss.), el Voto Particular, formulado por el Magistrado, Excmo. Sr. Maza Martín, que en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2003, Caso Nevenca, formula objeciones a la aplicación del art. 184 CP, alegando que en el acoso sexual se impone un análisis más preciso de los verdaderos propósitos del sujeto activo, dados los significados equívocos, que en el terreno de las relaciones interpersonales, teñidas de un componente subjetivo, más o menos admisible de afectividad, puedan llegar a comportar ciertas solicitudes. A pesar de reconocer que la querellante había manifestado la intención del alcalde de "mantener relaciones sexuales como amigos o volver a la relación sentimental", sostiene que esa es la única alusión posible a la posible concurrencia de un ánimo libidinoso (la cursiva es nuestra) en la conducta del recurrente, que por otro lado se veía incorporada a otra serie de datos y manifestaciones que claramente indicaban que semejantes deseos se enmarcaban en un designio más amplio de regreso a la relación sentimental, en la que se inscribirían los contactos de contenido sexual. Bajo su punto de vista, no se puede extender el carácter punible del acoso sexual a quien pretende, "no la mera obtención de una satisfacción sexual, sino el restablecimiento de unas relaciones afectivas rotas, en las que se integra el elemento sexual junto con otros componentes de naturaleza afectiva y relacional" (las comillas son nuestras).

18 OLAIZOLA NOGALES, "El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral", en *Derecho penal de la empresa*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2002, págs. 570 y s. Vid. asimismo GÓMEZ RIVERO, "El delito de acoso sexual: entre los límites de

Desde nuestro punto de vista, se hace preciso distinguir nitidamente cuál es el tipo de acoso al que nos estamos enfrentando, antes de señalar qué bien jurídico está siendo lesionado con la conducta delictiva. La dignidad humana representa la propia cualidad del ser humano y el propio respeto a esa cualidad que todos merecemos por el simple hecho de serlo, con independencia de la forma en que se comporte la persona¹⁹, por ello se ha destacado²⁰ que la dignidad humana se configura como un principio regulador que inspira, fundamenta y funcionaliza cada uno de los derechos fundamentales. Un atentado a la dignidad humana sólo puede ser posible a través de la agresión a alguno de dichos derechos, por ello en las conductas de acoso, sean cuales sean (acoso sexual, acoso moral, acoso discriminatorio) siempre atentarán contra la dignidad humana bien, en su vertiente de libertad (incluida la libertad sexual), o bien, en su vertiente de integridad física o moral, pero ello no quiere decir que sea precisamente la dignidad el bien jurídico concretamente protegido en el tipo, sino que según el tipo de acoso que se esté produciendo, se atacará a la libertad sexual, a la integridad moral y en algunos casos se provocarán daños a la salud física o mental.

Lo primero que debe analizarse antes de proceder a una calificación jurídica, es qué tipo de acoso se está produciendo, ya que las conductas acosadoras presentan un amplio crisol de comportamientos. Una persona puede estar “secretamente enamorada de otra” y sin pedirle ni directa o indirectamente favores de naturaleza sexual, puede hacer de su vida en el trabajo un infierno (degradando su trabajo, no valorando su esfuerzo, criticándola públicamente), o bien, simplemente, también pueden darse casos en los que movidos por sentimientos de odio hacia el otro trabajador (porque sea más eficiente, presente un mayor nivel cultural, valoración de su origen social, etc.) se realicen las mismas actuaciones humillantes anteriormente descritas. Asimismo, pueden darse también otro tipo de conductas que desde un punto de vista neutral se conside-

ren de índole sexual, reiteradas, habituales, de mayor o menor intensidad (tocamientos, caricias, besos, expresiones, solicitudes, ofrecimientos...) valorables como peticiones de favores sexuales en forma explícita o implícita, o bien, la creación de un ambiente hostil para la víctima solamente por ser del sexo contrario a las personas que normalmente ejercen dicha profesión (como pueden ser mujeres militares, policías o bomberos), que por tal motivo sean infravaloradas continuamente y que sin ser requeridas sexualmente, tengan que soportar permanentemente insinuaciones vejantes sobre su género y tolerar comentarios sexistas para evitar ser apartadas o aisladas del grupo.

De la misma forma puede existir una única petición (“o te acuestas conmigo o te despido”), que podría formar parte de una conducta de acoso, al relacionarse con otra serie de hechos coetáneos o posteriores a la petición (como situaciones de cambio de lugar de trabajo, aunque bajo aparentes razones formales, supresión de funciones), o bien tratarse solamente de un único acto que tendría que valorarse como un delito de amenazas.

Cuando la conducta acosadora sea **objetivamente** de índole sexual, a través de la petición de favores de naturaleza sexual de forma explícita o implícita, ya se genere para la víctima una situación humillante, vejante, o bien, se prevalega el sujeto activo de una situación de superioridad jerárquica, docente o laboral, nos enfrentaremos con una conculcación de la libertad sexual, en la forma anteriormente descrita, como el derecho que tiene cualquier ser humano para decidir con quién y en qué forma compartir su sexualidad. En cambio, cuando la conducta acosadora no parta de ninguna intención sexual, sino que simplemente sea una actuación en la que a través del hostigamiento se busque la destrucción profesional de la persona, afrontaremos un delito contra la integridad moral, que en el caso de producirse por motivos de discriminación por el sexo, podrá ser agravado por la agravante genérica del art. 22.4 CP.

la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 482, 19 de abril de 2001, pág. 3. Otra cuestión complicada ha sido la relación entre el delito de acoso sexual y los delitos de amenazas, surgiendo críticas ante el efecto privilegiante de la calificación de acoso sexual frente a la respuesta que ya ofrecía otros delitos del Código penal, destacando la doctrina que para no llegar a conclusiones de que la tipificación del delito de acoso sexual sería una parcela más del Derecho penal simbólico, habría que admitir que aun en los casos en los que en la dinámica comisiva del acoso pudiera advertirse una amenaza, así como en aquellos otros en los que la conducta que se solicita pudiera reconducirse finalmente a un delito de abuso, tampoco podría decirse que el bien jurídico que está en su base sea el mismo que los delitos de amenazas o abuso sexual. Además son imaginables supuestos que evidencian que el bien jurídico no es en forma prioritaria, la libertad sexual, por ejemplo en los que una trabajadora se limita a recibir continuos requerimientos sexuales por parte de un compañero de trabajo. El requerimiento tiene contenido sexual, pero ello no tiene por qué significar que se ponga en peligro la libertad sexual del destinatario. A su juicio el hilo conductor del acoso sexual que lo hace aparecer como figura autónoma solo puede captarse cuando se sobrepasa la visión del concreto atentado a la libertad en general o a la sexual en concreto, y se focaliza la situación de atentado a la dignidad y a la seguridad que se prolonga en el tiempo.

19 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 2001, pág. 180. Siguiendo a DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y contra la integridad moral”, en *Estudios de Política Criminal*, 1997.

20 NÚÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar, aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002, pág. 79. Cfr. igualmente nuestro texto constitucional en su art. 10, donde se reconoce que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y la paz social.

Por el contrario, cuando la conducta sea única y aislada, podremos sostener la comisión de los delitos de amenazas del artículo 169 y siguientes del Código penal, o con un delito de coacciones del artículo 172, que además paradójicamente en algunos casos, representarán una pena mayor que la prevista en el art. 184 CP o en el art. 173.1 CP.

1.1 El delito de acoso sexual

En el Código penal de 1973²¹, no se contemplaba expresamente esta serie de conductas en el Título IX, del Libro II, entre los delitos contra la libertad sexual²², a pesar de la reforma de la Ley orgánica 3/89, de 21 de junio, que introdujo tal epígrafe frente a la anterior calificación de “Delitos contra la honestidad”. En cambio en el Capítulo VIII, del Título VII, del Libro II, sí se contemplaban entre los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” a las denominadas “Limitaciones a la libertad sexual”.

El Código penal de 1995²³ introduce el delito de acoso sexual en el Capítulo III, del Título VIII, del Libro II, en el art. 184 CP, penalizando *al que solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleándose de una situación de superioridad laboral o docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación*, con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

La redacción de este artículo no fue precisamente pacífica²⁴, a juzgar por los avatares legislativos que sufrió apareciendo por vía de enmienda, ya que los diferentes grupos parlamentarios²⁵ discreparon sobre la ubicación

sistemática y sobre los elementos constitutivos, para un sector de opinión se trataba de un atentado contra los derechos de los trabajadores, mientras que para otros su sede natural era la libertad sexual. Asimismo, también se extendía la controversia al límite de edad del sujeto pasivo que podía configurarse como elemento del tipo, o dar lugar a una cualificación agravatoria contra menores de cierta edad, o en último lugar, prescindir totalmente de este aspecto como finalmente se hizo²⁶.

La coacción o la amenaza, la vejación o el maltrato, el desprecio, la palabra, la obra o el acto, la superioridad jerárquica o el prevalimiento entendido como abuso de poder o el aprovechamiento de una situación de necesidad, fueron conceptos que se discutieron ampliamente por parte del legislador, reflejando la cautela, y cuando no el temor, de regular la materia sexual, no ya los actos de agresión o de abuso como tal, que eran de ineludible intervención, sino las proposiciones preliminares donde se planteaban problemas de interpretación de los hechos, de la correspondiente subsunción penal y de prueba procesal.

Como manifestaba GÓMEZ RIVERO la tendencia expansiva del Derecho penal en este ámbito se correspondió con la paulatina toma de conciencia en torno a la necesidad de su protección penal, puesto que la existencia del acoso en sí, era tan antigua como la historia de las relaciones laborales, cambiando únicamente su foro, ya que de la clásica situación de acoso de las relaciones de servicio doméstico (en la que la mujer tenía que soportar los caprichos de quien era su fuente de ingreso), se pasó a un contexto más amplio y cualificado, aunque la realidad fuera exactamente la misma, la vejación y la humillación causada a la víctima²⁷.

Aunque el delito se denomina delito de acoso sexual²⁸, el término acosar no estaba (ni está) presente como ele-

21 Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código penal, texto refundido conforme a la Ley 44/71, de 15 de noviembre.

22 MONZÓN RISTORI, “El acoso sexual y la piratería”, en *La Toga*, Sevilla, marzo, 1997, pág. 24. Simplemente como visión anecdótica e histórica señalar que como se destaca en dicho trabajo, ya en un antiguo documento de piratas, la Norma nueve determinaba que “Todo hombre que al encontrarse con una mujer honrada le hiciere proposiciones deshonestas sin ella consentirlo, será condenado a muerte”.

23 Ley orgánica 10/95, de 23 de noviembre, Código penal.

24 Cfr. DE TOLEDO Y UBIETO, “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995”, en *Actualidad Penal*, núm. 31, agosto-septiembre de 1996, pág. 615, crítica su trato privilegiado respecto al supletorio delito de amenazas. Vid igualmente, MUÑOZ CONDE, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*, pág. 21.

25 Enmiendas a los Proyectos de 1992 y 1994 presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular, Centro Democrático y Social, Izquierda Unida y Euskadiko Ezquerria.

26 Cfr. a este respecto ANCIO MELIÁ, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 5 de diciembre de 1996, pág. 1631, que recoge que el hecho de que en el pasado existiera una praxis reacia a aplicar en este tipo de supuestos el delito de amenazas condicionales no legitimaba la introducción de una nueva figura de difícil encuadre y aplicación, debiéndose cambiar la mencionada práctica deficiente, sobre todo teniendo en cuenta que la perspectiva del Derecho penal ante el fenómeno del acoso sexual no puede ser la misma que desde otras ramas del ordenamiento jurídico.

27 GÓMEZ RIVERO, *ul.op.cit.*, pág. 2.

28 RIVACOBIA y RIVACOBIA, “Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código penal de España”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 1995, pág. 877. Se ha criticado duramente la expresión acoso sexual, tachándola incluso de locución vulgar, usual hoy en el habla familiar, pero carente de propiedad para alcanzar o aspirar al alto rigor del lenguaje de las buenas leyes penales.

mento integrante de la conducta típica²⁹. Acosar³⁰ gramaticalmente es perseguir sin dar tregua ni reposo, existiendo un componente de insistencia molesta, de reiteración, que para nada se reflejó en la tipificación. Por ello, surgía el interrogante de si bastaría con un solo acto de solicitud de favores de naturaleza sexual a una persona, o si por el contrario se le otorgaría relevancia diferenciadora a la habitualidad.

GARCÍA ARÁN y LÓPEZ GARRIDO consideraban que en todo caso debería existir un cierto grado de compulsión sobre la libertad, en este caso sexual, como presión dirigida a obtener determinados comportamientos de la víctima. El elemento central que caracterizaba a la situación típica era el prevalimiento de determinadas situaciones sobre el sujeto pasivo, que proporcionaban al autor una posición de dominio de la que podía depender consecuencias favorables o desfavorables para la víctima. Según estos autores se trataría de una estructura típica propia de las amenazas, como imposición de una condición, el favor sexual, de cuyo incumplimiento dependería la consecuencia desfavorable, sin que el culpable consiguiese su propósito, puesto que en caso contrario se trataría de un abuso de prevalimiento³¹.

La jurisprudencia distinguía que la acción típica se componía de tres elementos: por una parte solicitar favores de naturaleza sexual, entendidos cuando media petición o trato, o bien, acción de contenido sexual que se presentara seria e inequívoca, cualquiera que fuera el medio de expresión utilizado, cuando dicha conducta resultara indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufría, por otra, que el sujeto se prevaleciera de una situación de superioridad laboral, docente o análoga³², y por último, que anunciara al sujeto pasivo de un modo expreso o tácito, que de no acceder podría causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pudiese tener en el ámbito de dicha relación. Al no ser posible la comisión imprudente, el dolo del sujeto abarcaría todos los componentes anteriores, especialmente el aprovechamiento consciente de su situación de superioridad³³. Algunos autores, como CANCIO estimaban que los favores que solicitaban solamente afecto u otras aproximaciones no estrictamente sexuales (por ejemplo, una solicitud de matrimonio) deberían quedar excluidas del ámbito típico³⁴.

La Ley orgánica 11/99, de 30 de abril, de reforma del Código penal en materia de delitos sexuales, introdujo

29 La Recomendación de 27 de noviembre de 1991, de la Comisión Europea, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, define al acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y que pueden incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y en el segundo aceptado y mutuo.

30 Para HERRERO el acoso sexual o acosamiento consiste en la acción de perseguir sin tregua, a alguien para que acceda a la solicitud lúbrica del demandante, lo que entraña elementos coactivos de carácter psíquico, aunque generalmente además, va acompañado de advertencias, explícitas o veladas, de privar a partir de un futuro más o menos próximo a la persona afectada de ciertos bienes, como promoción, éxito en los estudios, que dependen orgánica o funcionalmente del acosador, o de amenazas con las mismas características de infligir un mal relacionado con los mismos ámbitos de poder. Citado por ALONSO PÉREZ, “Los nuevos delitos de acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 8 de marzo de 2001, pág. 1756. HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo Código penal, Parte general y Parte especial*, Madrid, 1996, pág. 368.

31 LÓPEZ GARRIDO, GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 111. El hecho de que el acoso sexual se previese con una pena menor a las amenazas del art. 171.1 CP, se explicaría porque en este caso la conducta amenazante abarcaría también situaciones amenazantes de menor entidad.

32 El aspecto más polémico consistía en las situaciones “análogas”, que estaban absolutamente indeterminadas, por lo tanto se planteaba la duda de si cabía valorar, lazos afectivos, familiares, simples relaciones de conocimiento con personas poderosas económicamente, o con influencias, contactos, o simplemente cercanas a “círculos de poder” que podrían hacer gala del mismo frente a otra persona no situadas en posición tan estratégica. Resultaba muy conflictivo extender el ámbito de aplicación del tipo a tantos posibles sujetos activos, reclamándose que era preferible el exigir una vinculación más concreta, ya fuese locativa, temporal, de confianza, antes que afirmarse sin más la superioridad y el prevalimiento. Se subrayaba que la mayor o menor facilidad que tuviera la víctima para sustraerse del ámbito de influencia o de competencia que tuviera el acosador, al menos en los casos de las situaciones análogas, debía tenerse en cuenta para interpretar los hechos y para delimitar la extensión del tipo. Sobre todo al tipificarse expresamente la comisión de estas conductas por parte de funcionarios en los art. 443 y 444 CP (en su antigua sistematización).

33 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2000, núm. 1135/2000, en la que se considera probado que el acusado realizó comentarios y actos que implicaban un sentimiento de atracción sexual respecto a la denunciante, absteniéndose la perjudicada a poner los hechos en conocimiento de la empresa por temor a sufrir represalias del acusado, como superior jerárquico de la misma y al hecho de que la víctima estaba vinculada a la empresa con un contrato temporal renovable y la actitud del superior le hacía intuir que podía perder el trabajo. El acusado realizaba las solicitudes de contenido sexual siendo plenamente consciente de que se estaba aprovechando de dicha situación de superioridad y que de ser desatendidas sus solicitudes, tenía capacidad para perjudicar las expectativas laborales de su víctima. Vid. comentario crítico a esta sentencia de GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, págs. 4 y s.

34 CANCIO MELIÁ, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 5 de diciembre de 1996, pág. 1632. Vid. igualmente, GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pág. 4, que destaca que al tener que revestir la solicitud un contenido

modificaciones en el delito de acoso sexual dividiéndose el art. 184 CP en tres apartados³⁵ para tratar de adaptarlo a otra serie de figuras de acoso en las que el sujeto activo no amenazaba con afectar legítimas expectativas de la víctima, sino que creaba una situación hostil, intimidatoria o humillante para la misma.

Partiendo de conceptos perfilados por la doctrina y la jurisprudencia laboral se denomina “**chantaje sexual**” a la situación que se produce cuando el sujeto activo condiciona el acceso al empleo, una condición laboral, o el cese del trabajador, a la realización de un acto de contenido sexual. Por su forma el chantaje puede ser explícito o implícito. El primero, directo o expreso, se reconduce a la proposición o solicitud sexual, cuando no se prescinde de la voluntad del trabajador agredido, y al requerimiento sexual, acompañado normalmente de compulsión física cuando se prescinde de dicha voluntad. El segundo, indirecto o tácito, se produce cuando el trabajador nunca ha sido solicitado o requerido sexualmente, pero otros trabajadores de su mismo sexo, en idénticas circunstancias profesionales, ascienden de categoría, mejoran sus salarios o reciben otros beneficios por aceptar las condiciones de un chantaje sexual, lo que incita implícitamente a su aceptación³⁶.

En cambio, se produce el denominado **acoso ambiental** cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin existir un condicionamiento para el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador. De este modo se multiplican los sujetos activos, por lo que aparte del empresario físico, el representante legal del ente jurídico o un directivo, pueden serlo también los compañeros de trabajo, los proveedores, clientes u otras personas relacionadas con la empresa. Las conductas de este acoso sexual ofrecen por lo tanto una mayor variedad, ya

que además de las previstas anteriormente, se pueden dar asimismo ofensas verbales, incluidas bromas, piropos, comentarios sobre la vida íntima del trabajador, colocación de póster pornográficos en los lugares de trabajo o la observación de un trabajador en un lugar reservado como un servicio³⁷.

En el art. 184.1 CP se penaliza la conducta *del que solicite favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*, siendo castigado como autor de acoso sexual con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses³⁸.

Siguiendo a LARRAURI el bien jurídico protegido en el tipo sería la libertad sexual, puesto que la conducta consiste en condicionar el consentimiento para que la víctima adopte una decisión referida a su comportamiento sexual. Sujeto activo del delito podrán ser tanto hombres como mujeres (si bien no podemos olvidar que en el art. 184.2 CP se exige que el sujeto activo ostente una situación de prevalimiento, superioridad laboral, docente o jerárquica)³⁹.

En opinión de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia la Ley orgánica 11/99 vino a incorporar, como supuesto básico del delito de acoso sexual, la modalidad del denominado acoso sexual ambiental, que no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, sino que es suficiente que la solicitud de contenido sexual haya provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante⁴⁰. Su fundamento reside en la mayor protección que deben dispensarse a las víctimas que se encuentre en los ámbitos recogidos en el tipo, al existir un mayor riesgo de que pue-

eminentemente sexual expulsa del ámbito típico requerimientos que sólo indirectamente lo impliquen como propuestas reiteradas de matrimonio o realización de viajes de fin de semana en los que el mantenimiento de relaciones sexuales aparece como una mera posibilidad.

35 Asimismo la *Ley orgánica 15/2003, de 26 de noviembre, de Reforma del Código Penal*, modificó las penas correspondientes.

36 LOUSADA AROCHENA, “El acoso sexual en la doctrina judicial laboral”, ponencia presentada en el Seminario Acoso Sexual Laboral realizado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Universidad de Sevilla, del 15 al 17 de abril de 1999, pág. 87. Asimismo son ejemplificativos sucesos como los de la ciudad de Long-Beach, en los Estados Unidos, donde dos mujeres policas tuvieron que cambiar de profesión por la presión, discriminación, vacío y vejaciones a las que eran sometidas por sus compañeros varones con conocimiento de las altas instancias.

37 LOUSADA AROCHENA, *ul.op.cit.*, pág. 88.

38 Con anterioridad se preveía una pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses. Recordemos que en el art. 192 del Código penal vigente se contempla que para los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en dicho título, serán castigados con la pena correspondiente en su mitad superior. No se aplicará no obstante esta regla cuando la circunstancia en ella contenida se contemple específicamente en el tipo penal que se trate.

39 LARRAURI, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, en *Los delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 183. Cfr. asimismo la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, núm. 1/2002, de 29 de mayo* (Caso Nevenca).

40 *Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2000, núm. 1135/2000. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003, número 2002/2003.*

dan ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, al ser posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad⁴¹.

La conducta consiste en solicitar favores de naturaleza sexual (al igual que el delito originario), con lo cual su contenido puede ser tan amplio como la imaginación del intérprete, siendo imprescindible fijar criterios de determinación objetiva con respecto al adjetivo “naturaleza sexual”⁴².

Se ha destacado por parte de la doctrina que solicitar es “pedir, manifestar que se quiere o se desea alguna cosa o pretender una cosa con diligencia”, por lo tanto, la petición puede ser expresa o implícita (a través de actos concluyentes como guiños, gestos obscenos, etc.), si bien teniendo como contenido la demanda de favores sexuales. Basta la mera solicitud, que deberá revelarse de manera inequívoca. Según el Tribunal Supremo desde esta perspectiva el acoso sexual es algo previo, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce dicha petición en el ámbito laboral, docente o de prestación de servicios⁴³.

Se ha criticado justamente por parte de OLAIZOLA que el legislador haya utilizado dicha expresión, no solamente porque se trata de una terminología cursi, pedante o trasnochada, sino y sobre todo, porque cualquiera de los significados del término “favor” se refiere a hacer algo de

buen grado, y no parece conveniente en este contexto utilizar una terminología que pueda implícitamente restar importancia a la gravedad de las conductas⁴⁴.

No se indica expresamente que el favor sexual sea constitutivo de delito, con lo cual, cabrían palabras, exhibiciones, besos, caricias, tocamientos, etc. Frente a primeras posturas que sí exigían que el favor implicase una conducta constitutiva de delito, autoras como LARRAURI han defendido que el delito de acoso sexual se abre un espacio autónomo consistente precisamente en solicitudes que en supuesto de realizarse, no constituyan un hecho típico de abuso sexuales, incluyéndose comportamientos como “quítate la ropa interior” u obligar a que otra persona contemple cómo se masturba el acosador, ya que lo contrario, sería considerar al acoso sexual como un inicio de la fase ejecutiva de los delitos sexuales y no como un auténtico delito autónomo⁴⁵.

A nuestro juicio además de no valorarse exclusivamente hechos que sean calificables como delitos contra la libertad sexual, la gravedad e intensidad de estos favores tendrá que calibrarse por el juzgador, sin perjuicio de los problemas concursales que se deriven de su realización material⁴⁶.

Del mismo modo se dejan al margen los casos en los que el atentado a la dignidad del sujeto traiga su causa en conductas físicas u ofensas verbales que no vayan seguidas de petición, ni siquiera tácita. Al exigirse requerimiento no se contemplan actos consistentes en roces o tocamientos que se agotan en sí mismos, cuando no puedan

41 Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1460/2003, de 7 de noviembre (Caso Nevenca). En el mismo sentido GÓMEZ RIVERO, “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 482, 19 de abril de 2001, pág. 2, estimando que se trata del acoso que tiene lugar entre iguales, entres sujetos que comparten una misma posición o al menos, desempeñan tareas paralelas en los ámbitos de la relación laboral, docente o de prestación de servicios, y cuyas actividades por lo tanto se desarrollan en un plano de igualdad.

42 Resulta preocupante que en fechas no tan remotas en el tiempo los magistrados hicieran en sus sentencias ciertas afirmaciones, y lo que es más grave, ciertos juicios de valor reveladores no sólo de prejuicios y falsas justificaciones sexistas, sino incluso un preocupante desconocimiento de la anatomía humana. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1979, en un caso de escándalo público, se refería a la “representación de mujeres con pechos y glúteos al aire, en posturas provocativas o totalmente desnudas, en plan excitante y exhibiendo escasamente el útero”.

43 Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1460/2003, de 7 de noviembre (Caso Nevenca). De traducirse en actos de abuso o de agresión sexual, la jurisprudencia se inclina por un concurso de normas a resolver por principio de consunción. Vid. VELÁZQUEZ BARÓN, Delito de acoso sexual, Barcelona, 2004, pág. 9, en donde se señala que caben formas de ejecución imperfecta en grado de tentativa cuando la solicitud de favores proferida todavía no ha llegado a conocimiento del perjudicado como casos de cartas escritas que todavía no han sido leídas por el destinatario.

44 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral”, en *Derecho penal de la empresa*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 573.

45 LARRAURI, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, en *Los delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 185. Destaca la opinión de MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO (1996) en donde la solicitud ha de ser de un comportamiento que en supuesto de realizarse constituiría un delito o una actividad típica. Quedaría fuera por lo tanto del delito de acoso sexual, solicitar a la víctima la exhibición de partes íntimas del cuerpo, ropa interior, o conductas de “voyeurismo” como solicitar de la víctima que presencie los órganos sexuales del acosador o sus prácticas masturbatorias. De no aceptarse que el acoso sexual es un delito autónomo y prevalece su interpretación como delito de peligro abstracto contra la libertad sexual según esta autora, quedaría como último recurso el ambiguo delito del art. 173 CP.

46 Cfr. sobre la distinción entre acoso sexual y falta de vejación injusta, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 187/2004, de 27 de febrero de 2004.

interpretarse como una solicitud implícita de una relación sexual ulterior, castigándose entonces si tienen entidad suficiente, como abusos o agresiones⁴⁷.

El hecho de que se exija la realización dentro de una relación laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual, también implica que se excluyan algunas ocupaciones por cuenta propia discontinuas o esporádicas, ya que se subraya que para que se dé una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante es preciso una cierta habitualidad en la relación, atendiendo a criterios materiales y no únicamente a cómo se definan en Derecho laboral, si bien se recalca, que siempre se debe pretender que exista una cierta frecuencia⁴⁸.

La ley penal requiere además el requisito de que tal comportamiento provoque en la víctima una situación ob-

jetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, reclamándose según la jurisprudencia un doble requisito: por un lado, la situación debe ser objetiva, no bastando meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima, y por otro, esta situación debe envolver un resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal. No es un delito de mera actividad, sino que delimita un resultado, al crearse una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Este elemento serviría para concretar cuándo las características de la acción desbordan el ámbito civil o el laboral, y se adentran en el Derecho penal⁴⁹.

Se aprecia que para medir cuándo se produce *objetivamente* una situación humillante para la víctima habrá que acudir a criterios del sujeto medio ideal, si bien, puesto en

47 GÓMEZ RIVERO, *ul.op.cit.*, pág. 4. Considera además que el acoso sexual para considerarse como tal requiere que la solicitud se formule de forma reiterada, ya que sólo cuando el acoso desborda un acto puntual de intimidación para proyectarse en forma continuada en el tiempo el bien jurídico afectado entronca con los conceptos de dignidad, seguridad, tranquilidad y bienestar. Por el contrario VELÁZQUEZ BARÓN, *ul.op.cit.*, pág. 12, considera que no es necesario que dicha acción sea constante o reiterativa mientras se revele el suficiente desvalor jurídico de la solicitud y ello aun cuando sea especialmente dificultoso el entender que de una determinada solicitud puede presentar la magnitud suficiente para provocar en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 2004, pág. 230, mantiene que la solicitud puede ser un acto aislado, aunque el término acoso sexual que da nombre al delito, será el resultado de varios actos reiterados de hostigamiento, molestias, etc., acompañados de frases, alusiones o gestos de evidente contenido sexual. Cfr. *Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas*, núm. 31/2005, de 1 de marzo. Cfr. sobre elementos constitutivos del tipo, en relación a insinuaciones verbales y de tono sexual de un monitor de Escuela Taller, a dos alumnas de diecisiete años, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén*, núm. 1/2005, de 7 de enero. Cfr. asimismo las *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona* núm. 604/2004, de 1 de septiembre y de la *Audiencia Provincial de Sevilla*, núm. 265/2004, de 14 de junio.

48 OLAIZOLA NOGALES, *ul.op.cit.*, pág. 577. Confrontar asimismo el *Voto Particular*, formulado por el Magistrado, Excmo. Sr. Maza Martín, que en la *Sentencia del Tribunal Supremo*, de 7 de noviembre de 2003, que mantiene que entre un Concejal y Alcalde es difícil defender la existencia de "una relación de servicios", cuando esta expresión se refiere a la vinculación por cualquier arrendamiento de servicios, los empleados de hostelería con los huéspedes del establecimiento, los profesionales con sus respectivos clientes, los médicos con sus pacientes, e incluso los voluntarios de ciertas organizaciones con los beneficiarios de las mismas, es decir, todas aquellas hipótesis que supongan la asistencia de un sujeto a otro.

49 La *Sentencia del Tribunal Supremo* de 7 de noviembre de 2003, número 1460/2003, examina el denominado caso Nevenca, en el cual, al concluirse las relaciones sentimentales mantenidas entre un alcalde y una de sus concejales, éste no se conformó con tal decisión y en el ámbito de unas relaciones profesionales, en el seno de una corporación municipal, continuó solicitándole favores de naturaleza sexual, que por su negativa se trabaron en una serie de episodios de humillación o descrédito. Los hechos se refieren a la conducta del alcalde del ayuntamiento de Ponferrada (León), con respecto a la denunciante, vecina del mismo pueblo, la que tras acabar sus estudios universitarios, a pesar de trabajar en Madrid, es seleccionada para la formación electoral en función de su perfil de mujer joven con estudios superiores. Tras el triunfo electoral, es nombrada Concejal de Hacienda y Comercio, con dedicación exclusiva. Tras fallecer la esposa del acusado, se estrechan las relaciones personales culminando en relaciones amorosas y sexuales entre el alcalde y la mencionada concejal libre y mutuamente consentidas. Las relaciones se mantuvieron con normalidad durante cuatro meses, llevándose con discreción. Sin embargo tras un viaje a La Coruña, se produce un deterioro progresivo de la relación, surgiendo la ruptura y dándose situaciones de tensión con trascendencia en la vida personal y profesional de ambos, derivada de la negativa de la víctima a continuar las relaciones sexuales y la persistencia del acusado en sentido contrario. Desde el momento en que se produce la ruptura definitiva, el acusado, que había potenciado y protegido la actividad profesional de la querellante, cambia de aptitud, de forma más o menos solapada, generando en ésta un estado de confusión y ansiedad que en ocasiones bloqueó su propio comportamiento. A través de mensajes telefónicos tanto a la víctima como a familiares comienza a poner de relieve la actitud irresponsable de la misma, pero denotando una actitud de evitar el escándalo que la dimisión de la concejal podía provocar. En plenos del ayuntamiento para resolver cuestiones financieras, el alcalde le recrimina no llevar bien preparada la sesión llegando incluso a tirar los papeles al suelo, humillando a la víctima que abandona el lugar llorando. Deja sin efecto anteriores delegaciones de funciones que le había realizado, la traslada del despacho que ocupaba en el edificio principal del ayuntamiento. La concejal, en un estado de ánimo confuso en sus sentimientos y en contradictorio entre mantener su dignidad o su trabajo, realiza un viaje profesional a Valladolid, pernoctando en el mismo hotel que el acusado en habitaciones contiguas previamente reservadas por el alcalde y comunicadas entre sí. Sin embargo, el alcalde, so pretexto de un inadecuado orden del día, desconvoca juntas de órganos municipales de los que la querellante era presidenta, provocando que ésta, cuyo deterioro era notoriamente perceptible, no

situación de la víctima. Para valorar la gravedad de las conductas se valorará la edad de la víctima, su posición laboral, o su nivel sociocultural. Por ello, cuando el Código penal se refiere a la creación de una situación gravemente intimidatoria no se trata de que la víctima tenga que tener miedo de sufrir un mal concreto, sino a tener que soportar una determinada conducta por parte del otro⁵⁰. Asimismo, la hostilidad puede perfectamente provenir no de una solicitud reiterada entre compañeros que no produzca un efecto intimidante porque no se amenace, sino que simplemente dé paso a una situación que humilla o resulta hostil para quien la padece⁵¹.

De todo lo expuesto pueden esbozarse una serie de primeras conclusiones de trascendente relevancia penal, que conviene al menos enunciar, puesto que en la comisión de actos de acoso surgirán desde problemas concursales con los delitos contra la libertad en general (coacciones o amenazas), o con los delitos contra la libertad sexual en grado imperfecto de ejecución, hasta necesarias valoraciones de la combinación del ánimo de intimidar con el correlativo efecto de provocar una situación intimidatoria en la víctima. Por lo tanto se hace necesario integrar para proceder a la calificación penal tanto criterios objetivos (hombre medio, sujeto medio ideal) como circunstancias subjetivas de la víctima. Dilucidar en cada uno de los supuestos concretos estas cuestiones, servirá para aplicar la calificación más adecuada y optar por el principio concursal que mejor responda a la realidad de los hechos.

Cuando el culpable, conforme determina el art. 184.2 CP comete 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 pudiera tener en el ámbito de la indicada relación*, la pena que le corresponde como subtipo agravado, es de pri-

sión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses⁵².

Desde nuestro punto de vista en este caso puede ser sujeto activo cualquier persona, del sexo masculino o femenino, pero necesariamente tiene que encontrarse respecto a la víctima en una situación de superioridad, y más aún, actuar con prevalimiento. Se requiere por lo tanto no sólo una situación objetiva de superioridad-inferioridad, sino el elemento subjetivo de conocer ese poder y tener voluntad de usarlo, bien para vencer posibles resistencias o bien para lograr la aceptación de la otra parte. El origen de la desigualdad puede encontrarse, en una relación laboral jefe-subordinado, incluso entre personas que ocupan diferentes posiciones en un escalafón, o en una relación docente, si bien en este último supuesto deben darse algunas restricciones interpretativas: requerir una matrícula oficial, ya sea en centro público o privado, con el consiguiente deber-derecho de impartir y recibir clases, la posibilidad de convocar-realizar-concurrir a exámenes y la consecuente facultad de calificar al alumno.

En cambio, en relación a la introducción de la expresión “jerárquica”, en un intento de interpretar restrictivamente el tipo, se admite por parte de la doctrina que también se haría referencia a situaciones no propiamente laborales, pero en las que sí exista una organización piramidal, por ejemplo, el ámbito militar o determinadas comunidades religiosas. Dentro de las conductas de prevalimiento, quedarían excluidas aquellas situaciones de superioridad derivadas de diferencia de edad, de la incultura de la víctima, de relaciones de amistad, de vecindad, o de debilidad mental del sujeto pasivo⁵³.

Por otra parte también resultan interesantes en relación al ámbito de aplicación del art. 184.2 CP algunas decisiones judiciales que determinan los parámetros interpretativos con respecto a la superioridad jerárquica en el entor-

puediendo soportar las **presiones psicológicas sufridas**, se traslada a Madrid y es atendida de urgencias, diagnosticándole un trastorno adaptativo con estado de ansiedad en relación con un conflicto en el medio laboral, recomendando la baja laboral. Se convoca una conferencia de prensa en la que la concejal anuncia su dimisión y la presentación de querrela por acoso sexual. La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con fecha 29 de mayo de 2002, dicta sentencia condenando al acusado como autor de un delito de acoso sexual a la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de veinticuatro euros, y lo absuelve del delito de lesiones. (Vid. Fundamento Jurídico Sexto, de la citada Sentencia del Tribunal Supremo.)

50 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral”, en *Derecho penal de la empresa*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 574. Cfr. sobre elementos constitutivos del tipo, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante*, núm. 502/2004, de 20 de octubre, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz* núm. 94/2004, de 29 de abril, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga* núm. 62/2004, de 29 de enero y las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa* de 27 de junio de 2003 y de 13 de marzo de 2003.

51 GÓMEZ RIVERO, “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 482, 19 de abril de 2001, pág. 3. Cfr. en relación a la situación de prevalimiento o de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima, las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid* núm. 422/2003, de 25 de noviembre y de la *Audiencia Provincial de Barcelona* de 29 de diciembre de 2003 y *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla* núm. 445/2002, de 24 de octubre.

52 Precedentemente se contemplaba una pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

53 OLAIZOLA NOGALES, “El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral”, en *Derecho penal de la empresa*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 580.

no político, estimando que la vinculación entre un alcalde y sus concejales, no conllevaría la utilización del subtipo agravado de acoso sexual del art. 184.2 CP, sino tan sólo el tipo básico del art. 184.1 CP, ya que la normativa administrativa, determina que no hay relación alguna de superioridad entre miembros de una misma corporación municipal, cualquiera que sea el grupo político al que pertenezcan cada uno de los concejales. El alcalde sólo es superior jerárquico del personal de la corporación local, pero no del resto de concejales, cuyas relaciones se disciplinan dentro de las atribuciones delegadas reguladas en la normativa local⁵⁴.

En este particular, la interpretación restrictiva que hace un sector de la doctrina y la propia jurisprudencia que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, no es convincente. En primer lugar, emplea un concepto de superioridad jerárquica, extraído de la organización administrativa o piramidal, no tan claramente extrapolable al ámbito laboral o al docente. En segundo lugar, pero no menos importante, olvida precedentes históricos y actuales de instituciones tan genuinamente penales como la agravante genérica de abuso de superioridad recogida en el art. 22.2 CP, el concepto de prevalimiento, tanto en su versión clásica del antiguo tipo de estupro, como en el vigente delito de abuso sexual, y finalmente, no se plantea con respecto a aquellas situaciones no contenidas en el art. 184.2, que puede aplicarse subsidiariamente la cualificación agravatoria que contempla la especial vulnerabilidad de la víctima del art. 184.3 CP.

Cuando el acoso se produce bajo el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pudiera tener en el ámbito laboral, docente o jerárquico, se señala una relación de superioridad idónea para poder frustrar las legítimas expectativas de la víctima, siendo preciso que dentro de las funciones del autor estuviera la de poder decidir sobre dichas expectativas.

LARRAURI sostiene que la exigencia de la solicitud sexual en este caso del art. 184.2 CP incluiría al denominado acoso sexual “quid pro quo” o chantaje sexual, entendiéndose que el hecho de que se hable solamente de solicitud, excluiría el contacto corporal⁵⁵.

La solicitud, que puede ser oral o escrita, puede ser para el solicitante o un tercero, que lo pretendería a través de

un intermediario poderoso, como una forma de actuación conjunta en la que un sujeto concreta los elementos del tipo y otro distinto (que habría inducido al sujeto activo a realizar el acoso), podría beneficiarse de los efectos del mismo. Si se logra la consecución del propósito perseguido por el intermediario, éste respondería por acoso y el tercero, si su dolo abarca el conocimiento del modo en que se obtuvo el favor, por un abuso sexual. Puede darse asimismo concurrencia delictiva si se consiguió la colaboración del intermediario mediante amenaza, chantaje, coacción, engaño o prevalimiento.

Con respecto al modo comisivo del anuncio expreso o tácito de causar un mal concreto a la víctima, relacionado con las legítimas expectativas que ésta pueda tener en el ámbito de dicha relación, anunciar es advertir y avisar, pero advertir de un mal cuya realización depende no del azar sino de la voluntad del anunciante es amenaza, por lo tanto, hay una compulsión sobre la libertad que se explica por el indudable parentesco con el delito de amenazas, que justifica la inclusión en sede de delitos contra la libertad sexual.

Por lo tanto, el anuncio habrá de revestir los caracteres de seriedad, de gravedad y verosimilitud, estando quien efectúa el anuncio en posición de llevar a efecto el mal avisado, no siendo necesario que sea el único capaz de perjudicar las expectativas del solicitado, pero sí que pueda hacerlo. El agente debe anunciar en clara actitud de coacción que de no acceder al favor sexual, le sobrevendría el mal, no encajando en el art. 184.2 CP aquellos supuestos en los que haya cesado la relación que tiene con el agente o con aquella tercera persona en cuyo favor actúa aquél. La consumación delictiva se produce en el momento en que llega a conocimiento de la víctima la petición sexual bajo el anuncio del mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima⁵⁶.

El mal puede causarse por acción u omisión, como por ejemplo, degradar, o no promocionar, perjudicar o no beneficiar, resolver injustamente, pero siempre teniendo en cuenta que las legítimas expectativas de una persona en el marco de una relación pueden tener componentes objetivos de merecimiento, capacidades, trabajo, valía y esfuerzo, baremables con criterios comunes y acuñados por una praxis que lo avale, y componentes subjetivos de autoestima⁵⁷, modestia, o ambición de quien espera, y también

54 Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1460/2003, de 7 de noviembre (Caso Nevenca). Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

55 LARRAURI, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, en *Los delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, págs. 184 y s.

56 ALONSO PÉREZ, “Los nuevos delitos de acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 8 de marzo de 2001, pág. 1758.

57 La Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla, núm. 19/2000, de 29 de febrero (Fundamento Jurídico Tercero) examina que para fundamentar una sentencia condenatoria en una única prueba en estos supuestos es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva:** derivada de las relaciones entre el acusador y acusado, que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

respecto a quien resuelve o concede puede existir un recto juicio, arbitrio, voluntad o capricho de actuar dentro de márgenes de competencia y discrecionalidad más o menos flexibles. Por ello se plantea la duda de qué se entiende por legítimas, si conforme a la ley, objetivas, rectas o justas, o por el contrario, otras aspiraciones personales, egoístas, o de motivaciones menos confesables gozarían también de dicha consideración. Debido a la multiplicidad de motivaciones humanas casi nunca inequívocas sería conveniente introducir límites objetivos. Aquí será necesario recabar información y asesoramiento de terceros ajenos al conflicto para evaluar la legitimidad de las expectativas.

LARRAURI mantiene igualmente que el mal debe ser real, entendiéndolo por tal que su realización esté al alcance de quien emite el anuncio y de una cierta gravedad. No se limitan los medios por los cuales el mal puede ser anunciado, señalando que se ha excluido el anuncio de causar un mal a terceros, a diferencia de lo que sucede en los casos previstos a los funcionarios. Del mismo modo plantea la problemática, como destacábamos anteriormente de que el ofrecimiento sea no un mal, sino un bien, como ofrecer un plus de sueldo a cambio de mantener relaciones sexuales, teniendo que reconducirse al concepto de “legítimas expectativas”⁵⁸. Con respecto a este último término, se interpreta que cabe apreciar un daño a tales expectati-

vas cuando exista un derecho vulnerado, surgiendo mayores complicaciones cuando se entra en la potestad discrecional del docente o del empresario. En su opinión la solución estribaría en afirmar que hay una legítima expectativa vulnerada, cuando existe una discriminación por sexo, excluyéndose las aspiraciones ilícitas o indebidas⁵⁹.

Finalmente en el art. 184.3 CP se prevé que 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 diez a catorce meses, en los supuestos del apartado primero, y de prisión de seis meses a un año en los casos del apartado segundo⁶⁰.

Se ha planteado que para aplicar esta agravación debe tratarse de una situación de especial vulnerabilidad en relación a lo que es habitual cuando se producen este tipo de hechos, atendiendo a la capacidad intelectual de la víctima, a su situación económica, familiar, cultural, etc. (ya que por ejemplo no es igual la situación de una mujer casada o con pareja estable que trabaja y aporta un sueldo a la casa, que a la de una mujer sola con un hijo o una extranjera que esté pendiente de regularizar su situación)⁶¹.

Sin embargo, una vez que hemos examinado los principales elementos del tipo delictivo, siguiendo a OLAIZOLA, debemos cuestionarnos cuál ha sido el tipo de acoso

b) Verosimilitud: Constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen.

c) Persistencia en la incriminación: Esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones. Admitiendo que la declaración de la víctima tiene valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, siendo hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción de inocencia.

58 LARRAURI, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, en *Los delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 189. En contra de esta postura OLAIZOLA NOGALES, “El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral”, en *Derecho penal de la empresa*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 581. Mantiene que no realiza el delito de acoso sexual aquel sujeto que promete a la víctima un bien si accede a sus pretensiones, puesto que estas conductas no coartan la formación de la voluntad de la víctima, excepto que tras el ofrecimiento de un bien, se oculte el anuncio tácito de un mal. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2004, número 767/2004, en la que determina probado cómo los actos delictivos del acusado, Inspector-Jefe del Cuerpo Nacional de Policía, se desarrollan dentro de la relación de servicio. La víctima era subordinada y el acusado condicionó la obtención de beneficios profesionales como vivir mejor en el grupo, más descansos, facilidades para ascender, dietas de salidas al mantenimiento de servicios sexuales, amenazando que en caso de negativa soportaría todas las consecuencias negativas en el servicio que desarrollaba.

59 La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, núm. 1/2002, de 29 de mayo, en el Caso Nevenca entendió que el vocablo “legítimo”, no comprende sólo aquello que es conforme a las leyes, lo que sería muy riguroso, sino que debe entenderse dentro del contexto del uso del lenguaje, como que es auténtico y verdadero. Es decir, que exista una posible oportunidad de su existencia, si se dan ciertos condicionamientos objetivos (como condiciones del cargo o puesto de trabajo, sistemas de promoción u otros), en conexión con otros de carácter subjetivo, pudiendo citar como tales, la habilidad, conocimientos y capacidad personal. Y trasladando esta interpretación de la expresión «legítima expectativa» a la vía penal se interpreta como aquella esperanza que puede darse como posible, al tener un “subtractum” suficiente, dentro del ámbito relacional público o privado en que la víctima ocupe su posición. Sin embargo dicho órgano judicial no considera como anuncio de un mal, “el cambio de despacho desde la Casa Consistorial a un edificio anexo al declarar la querellante que estaba conforme, ni tampoco los humillantes incidentes acaecidos en el Pleno de las Tasas sobre las terrazas de verano, o la suspensión de la reunión de determinados organismos municipales convocadas por la querellante, por estimar que éstas eran situaciones en las que no se había probado que se adoptaran con intención amenazante por parte del acusado, siendo más bien decisiones tomadas, con mayor o menor acierto, dentro de un contexto político municipal” (las comillas son nuestras).

60 Anteriormente se preveía una pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses, en los supuestos del apartado primero, y de prisión de seis meses a un año prisión de seis meses a un año en los casos del apartado segundo.

61 OLAIZOLA NOGALES, *ul.op.cit.*, pág. 583.

que se ha recogido en el Código penal, ya que en el anterior art. 184 CP parecía claro que el acoso sexual tipificado era el denominado chantaje sexual, y además únicamente cuando el autor tuviera una relación de superioridad sobre la víctima, en cambio con la nueva redacción del art. 184 CP, la situación no está tan clara⁶².

La doctrina ha criticado el art. 184.1 CP acertadamente, por entender que en realidad omite una correcta tipificación del denominado acoso ambiental, dado que el tipo exige en todo caso el requerimiento, y el acoso ambiental se caracteriza por la ausencia de éste. OLAIZOLA incluso añade que no sólo no se recoge el acoso ambiental, sino que tampoco se recoge el chantaje sexual propiamente dicho, puesto que aunque efectivamente la conducta típica se caracteriza por la solicitud de favores sexuales, una nota característica de este tipo de acoso es que la negativa de tal requerimiento traiga consigo un empeoramiento de las condiciones laborales y ello no se exige en el tipo. Destaca esta autora, que el legislador penal ha hecho una especie de mezcla entre las dos formas de acoso, cogiendo algo de cada uno, probablemente pensando que al mencionar la creación de un ambiente hostil o humillante, ya se tipificaba dicha forma de acoso y dejaba el chantaje sexual para el segundo párrafo del art. 184 CP, pero que realmente no ha sido así⁶³.

Además la problemática se complica aún más en materia de relaciones concursales entre el acoso sexual y otra serie de delitos. En el supuesto de los abusos sexuales la mayor parte de la doctrina se inclina por un concurso de

leyes⁶⁴ a favor del principio de consunción, sin embargo, otras autoras como LAMARCA entienden que el abuso de prevalimiento no absorbería el anuncio de un mal y que además los artículos 443 y 444 CP prevén expresamente el concurso de delitos (medial)⁶⁵. HERRERO se plantea en los supuestos de acoso ambiental que si la persona accede a conceder los favores sexuales bajo la influencia del acoso habría que apreciar un concurso real de delitos, puesto que el delito de acoso no requiere el éxito de la solicitud. Por ello, el disfrute del favor habría que calificarlo como abuso sexual puesto que el consentimiento de la víctima está plenamente viciado. En su opinión no cabe apreciar la consunción, ni aplicar cualquier relación de concurso de normas⁶⁶.

LARRAURI sin embargo opina que la generalidad de los casos deben resolverse por consunción, excepto en algún supuesto, cuando el acoso sexual se produce de forma continuada a lo largo del tiempo y el contacto corporal no absorba todo el acoso padecido⁶⁷. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO destaca que hay conductas como solicitar a alguien mayor de edad que contemple actos exhibicionistas o que escuche relatos o fantasías eróticas, que no entran dentro del ámbito típico del delito de abuso sexual pero que pueden reconducirse perfectamente al objeto de la solicitud de favores de naturaleza sexual del delito de acoso del art. 184 CP⁶⁸.

En relación con la causación de lesiones de carácter psicológico debido a la comisión de actos de acoso sexual, la jurisprudencia ha sostenido que tales alteraciones psíqui-

62 OLAIZOLA NOGALES, *ul.op.cit.*, pág. 573.

63 Vid. *supra*, pág. 573.

64 OLAIZOLA NOGALES, *ul.op.cit.*, pág. 588. En relación con el delito de amenazas de un mal no constitutivo de delito y el delito de acoso sexual, defiende una relación de concurso de normas a favor de alternatividad, ya que de aplicarse especialidad se favorecería absurdamente al acosador. Con respecto al abuso sexual se decanta por concurso de normas, a favor de la relación de consunción al preverse expresamente un abuso de prevalimiento. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, Valencia, 2004, págs. 229 y ss. Mantiene que al ser el acoso sexual una especie de acto preparatorio de las agresiones o de los abusos sexuales, si se llega efectivamente al contacto corporal serán estos delitos de preferente aplicación. En relación con las amenazas, se plantea un concurso de leyes a resolver conforme a la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4 CP, si no se quiere beneficiar absurdamente el acoso sexual.

65 LAMARCA PÉREZ, "La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal", en *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996, pág. 59.

66 Vid. ALONSO PÉREZ, "Los nuevos delitos de acoso sexual", en *Diario La Ley*, 8 de marzo de 2001, pág. 1758. En el caso del tipo cualificado del art. 184.2 CP, señala la postura de ORTOS BERENGUER que se inclina por el castigo por delito de abuso de prevalimiento cualificado del art. 182 CP.

67 LARRAURI, "El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración", en *Los delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 194.

68 GÓMEZ RIVERO, "El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 482, 19 de abril de 2001, pág. 3. Señala en relación a la absorción del acoso sexual por el acoso de prevalimiento o el efecto privilegiante de su aplicación con respecto al delito de amenazas que podría llegarse a dos interpretaciones alternativas a cual más frustrante y desalentadora, o bien el legislador ni siquiera ha sido consciente del contrasentido que estaba generando, o bien su preocupación solo ha sido el fruto de crear un tipo penal ficticio, sin posibilidades reales de aplicación práctica, cuya función sea saciar en vano la conciencia social en torno a la incorporación de una figura delictiva que haga frente a ese tipo de relaciones como una muestra más de un Derecho penal simbólico (*vid. asimismo*, págs. 4 y siguientes, en donde, se añade que para evitar confusiones interpretativas con las amenazas y los resultados conculcadores de la libertad sexual, hubiera bastado que el legislador hubiese introducido el requisito de la habitualidad de la conducta, y una cláusula concursal al igual que se ha previsto en el art. 445 CP para los casos de funcionarios públicos.

cas son secuelas ordinarias derivadas de la acción delictiva, indemnizables como responsabilidad civil inherente al delito, ya que al igual que ocurre en la agresión sexual, las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima se consideran que ya han sido tenidas en cuenta por el legislador a la hora de tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que **ordinariamente** quedan consumidas en el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción, del art. 8.3 CP, aparte de la valoración a efectos de la responsabilidad civil⁶⁹. Además se estima en el *Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003*, que el delito más leve, el de acoso sexual, se englobaría dentro del delito penalizado más gravemente conforme al principio de consunción (como es el caso de las lesiones o delitos de agresión o abuso sexual), en el supuesto de que se apreciase, que éstos también han sido cometidos⁷⁰. Sin embargo, surgen opiniones discrepantes, que afirman que en el caso del acoso sexual, la gravedad de la acción, conforme a su desvalor jurídico, al ser manifiestamente de menor entidad que una violación, el daño psíquico que en su caso puede ocasionar no es comparable al realizado en una agresión sexual, por ello, con la mera solicitud de favores sexuales no se consideraría como consecuencia “natural” a la misma, una lesión anímica de importancia, por ello, cuando efectivamente se produzca la lesión, y ésta revista cierta entidad, surge de modo autónomo el delito de lesiones junto al del acoso sexual⁷¹.

Desde nuestro punto de vista, al igual que hemos mantenido en distintos apartados, se hace necesario individualizar primero los actos susceptibles de calificación y sanción penal, la intensidad de la conducta acosadora, el grado de intimidación ejercida, la gravedad del mal con el que se conmina y el peso que la condición exteriorizada por el sujeto activo va a producir en la víctima, antes de decantarnos por una u otra solución concursal. Entendiendo que de la combinación de todos estos criterios puede

ser preferible en algunos casos un concurso de leyes por especialidad, consunción o alternatividad, o por el contrario en otros se mantendría un concurso ideal de delitos.

En relación con las conductas de acoso que desembocan en delitos como agresiones o abusos sexuales, el acoso puede ser desde un acto preparatorio o de inicio de la ejecución en grado de tentativa, hasta una figura plenamente autónoma en la medida que del relato de hechos probados pueda inducirse suficientes evidencias, que concreten los requisitos de los tipos. No es lo mismo una petición de favores sexuales que se convierte en un breve lapso de tiempo en una agresión o en un abuso sexual (o un abuso sexual de prevalimiento), que la conducta de un acosador que durante meses hostiga a la víctima con reiteradas peticiones de naturaleza sexual, que finalmente un día consigue su propósito, bien por haber cedido la víctima a las relaciones, o bien a través del empleo de violencia o intimidación.

A nuestro juicio esta interpretación permite dar a las distintas tipificaciones contenidas en el art. 184 CP, un ámbito de aplicación propio, diferenciado, que justificaría no sólo la oportunidad de su inclusión en el Código penal, sino la necesidad de la misma, cumpliendo una finalidad tanto de prevención general como especial, aunque su redacción no ha sido precisamente afortunada y deban realizarse modificaciones de *lege ferenda*. Con la penalización del acoso sexual, no se sanciona la lesión a la libertad genérica del individuo, que debe ser penalizada con los correspondientes delitos de coacciones o amenazas, cuando la víctima se siente real y gravemente intimidado, empleando el sujeto activo la amenaza o la coacción como un fin en sí misma, sino que lo que se persigue es la evitación de aquellas conductas de hostigamiento en el entorno laboral, docente o análogo, que conculcan una concreta parcela de la libertad relativa a la sexualidad, poniendo en peligro y a igual tiempo produciendo en la víctima, un importante condicionamiento en el ejercicio

69 *Fundamento Jurídico Octavo, de la Sentencia del Tribunal Supremo 1460/2003, de 7 de noviembre.*

70 Voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Maza Martín, en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2003* (caso Nevenca), que considera, al contrario que lo sostenido en la resolución judicial, que se ha cometido el delito del art. 147 CP, en base a que los medios empleados por el acusado, consistentes en comportamientos públicos y privados, con desprecio reiterado a su dignidad y respeto personal, son hábiles para la causación de una lesión psíquica. Igualmente mantiene la existencia de una intención lesiva de esa conducta, motivada por el rechazo manifestado por la víctima de proseguir la relación sentimental interrumpida, con un resultado de menoscabo de la integridad mental de la querellante, constatada por los informes médicos (187 días de tratamiento) que reflejaban una necesidad objetiva de tratamiento médico-psiquiátrico dispensado a la lesionada para su curación, mas allá de la primera asistencia facultativa, quedando acreditada la relación de causalidad. En el mismo sentido en torno a la aplicación al caso de un delito de lesiones psíquicas el Voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Ramos Gancedo, que mantiene que en el supuesto concurren todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito de lesiones. En torno al tipo subjetivo, afirma que no cabe duda de que concurre el dolo requerido al menos en su modalidad eventual, cuando en el *factum* se hace constar el “deterioro notablemente perceptible” de la víctima. Recalca, que el tipo no exige que el tratamiento se haya llevado a cabo efectivamente, sino que la lesión considerada objetivamente requiera este tratamiento, pues si la víctima tras la primera asistencia de urgencia hubiera preferido automedicarse, curarse por sí misma o ponerse en manos de persona carente de titulación, no puede implicar que la lesión no hubiera requerido objetivamente considerada tratamiento médico.

71 Voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Ramos Gancedo, en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2003* (caso Nevenca).

de su sexualidad, estando en este caso la intimidación instrumentalizada al servicio de otros fines. Por lo tanto, si el instrumento resulta eficaz quedaría abierta la posibilidad del concurso con agresión o abuso.

Asimismo, si se producen resultados lesivos encuadrables en el art. 147 CP, como delito de lesiones físicas o psíquicas (siempre que éstas requieran objetivamente para su curación tratamiento médico, y puedan ser imputadas tanto objetiva como subjetivamente a la conducta acosadora del sujeto), no existe inconveniente como ha manifestado la jurisprudencia, en sostener la existencia de un concurso delictivo, ya que resultarían afectados dos bienes jurídicos diferentes.

1.2 Los abusos de los funcionarios en el ejercicio de su función

En el art. 383 CP, del texto refundido de 1973, se castigaba con la pena de inhabilitación especial *al funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí o para su cónyuge o persona a quien se hallare ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de resolución de aquél, o acerca de las cuales debiera evacuar informe o elevar consulta a su superior*. Igualmente se penalizaba en el art. 384 CP la conducta del funcionario *de prisiones que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda*, siendo castigado con la pena de prisión menor. La misma pena le correspondía si la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, de persona que tuviera bajo su guarda. Incurrirá asimismo en esta pena cuando la persona solicitada fuera cónyuge de la persona que tuviera bajo su guarda o se hallara ligada a ésta de forma permanente por análoga relación de afectividad. Además en todo caso se imponía la pena de inhabilitación especial⁷².

VEGA RUIZ mantenía que estos artículos constituían un aspecto parcial de lo que se entendía como acoso se-

xual, en primer lugar porque solamente se referían a los funcionarios públicos, y en segundo lugar, porque la infracción precisaba (y precisa) de que hubiera una pretensión pendiente, un informe a evacuar o consulta a elevar, o bien, que se trate de personas sometidas a la guarda de quien fuera sujeto activo de la misma⁷³.

En el mismo sentido en el Capítulo IX, del Título XIX, del Libro II del Código penal de 1995, se contemplan dentro de “Las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, los arts. 443 y 444 del Código penal. En el primero se castiga con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la conducta de *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, adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a un superior*.

En el apartado segundo de dicho precepto se penaliza *al funcionario de Instituciones Penitenciarias o de corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda* con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta de seis a doce años. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, adopción, o afín en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda⁷⁴. Y se incurrirá en estas penas igualmente cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halla ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Una parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de las funciones públicas, no la libertad sexual puesto que el tipo puede cometerse aunque no exista ataque alguno a dicha libertad⁷⁵, en cambio, otros autores como QUINTERO, defienden la existencia de un delito pluriofensivo, puesto que se lesiona tanto el correcto desempeño de la función pública, co-

72 La Ley orgánica 3/89, de 21 de junio, sustituyó el antiguo encabezamiento de “De los abusos contra la honestidad”, y redactó el contenido de dichos artículos. Estas conductas se configuraban como delitos especiales cometidos por funcionarios públicos o de prisiones, que han tenido escasa aplicación práctica, probablemente no por falta de presupuesto de hecho sino porque fueron raras las denuncias que se hicieron y los casos que se estimaron. Clandestinidad, abuso de poder, correlativa posición de inferioridad, complejos, miedos atávicos de la víctima, hasta 1989 solo del sexo femenino, que condicionaron sin duda que no trascendieran ni a luz pública ni a los tribunales de justicia. Resultaba llamativa la disparidad de sanciones en el art. 383 CP, inhabilitación y en art. 384 CP prisión menor, justificándolo en que aunque las conductas fueran equiparables, existía en conexión al sujeto activo en el segundo precepto, una relación más estrecha entre el funcionario de prisiones y la persona solicitada. Cfr. igualmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinados abusos en el ejercicio de la función pública (Proyecto de 1980)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Fascículos II y III, mayo-diciembre, 1981.

73 VEGA RUIZ, *El delito de acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991, pág. 26.

74 CORDOBA RODA, GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 2004, pág. 2111. Critican que queden fuera del tipo otra serie de funcionarios que por las mismas razones de los funcionarios de prisiones, deberían lógicamente quedar sometidos al art. 443.2 CP, como los funcionarios de quienes dependen las personas detenidas y los encargados de su conducción.

75 CORDOBA RODA, GARCÍA ARÁN, *ul.op.cit.*, pág. 2111.

mo se pone en peligro la libertad sexual del particular a lo que se dirige la solicitud del funcionario⁷⁶.

La conducta consiste en solicitar sexualmente, valorando que de dicha acción se deriva un perjuicio del correcto funcionamiento de la Administración Pública, al instrumentalizar el funcionario o autoridad pública su cargo o función para conseguir un comportamiento sexual de un administrado que se encuentra en cierta relación de dependencia de aquél en función de los poderes, deberes u obligaciones del cargo del sujeto activo, en relación con las pretensiones del particular. No se requiere por el precepto que el sujeto activo ofrezca realizar un acto a cambio de la conducta solicitada, sino que basta con la mera solicitud a la persona indicada⁷⁷.

La solicitud sexual debe ser exteriorizada, entendiendo por tal a una manifestación que se ha de producir conjuntamente con gestos, palabras y actos, no bastando con una determinada expresión verbal por muy soez que sea. Debe ir acompañada según VEGA RUIZ de acercamiento, agobio físico, sin llegar a la agresión sexual, pero demostrando una tendencia. Otros autores sin embargo, recalcan que el precepto no limita las eventuales vías o canales de expresión, por lo que ésta podrá llevarse a cabo por escrito, de forma verbal o de cualquier otro modo⁷⁸. Con respecto al dolo característico de estos delitos es necesario que se abarque el conocimiento de que la persona tiene esas pretensiones pendientes de resolución o consulta. Al igual que ocurría con el acoso sexual realizado por un particular, las posturas se dividen entre entender que las solicitudes deben ser reiteradas e insistentes, y los que mantienen que basta con la simple proposición siempre que sea manifiesta sin que sea preciso que la persona acceda a la misma⁷⁹. Asimismo tampoco es necesario, según otros autores, que el destinatario se sienta coaccionado o limitado en su libertad de aceptar o rechazar lo que se propone⁸⁰.

La acción consiste en solicitar de dichas personas favores sexuales sin que se exija una finalidad específica, aunque se puede suponer que se haga a cambio de resolver al-

go que beneficie al pariente, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad con el sujeto pasivo. Por solicitar ha de entenderse una actitud activa por parte del funcionario, un requerimiento de atenciones sexuales cualesquiera, pero no simples insinuaciones⁸¹. MIR PUIG entiende que en las situaciones descritas en ambos artículos parece que se parte precisamente de la dependencia en la que se encuentra la persona solicitada con respecto al funcionario, pueda afectar tácitamente a las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de dicha relación⁸². CORDOBA RODA y GARCÍA ARÁN sostienen que la resolución a la que se refiere el Código penal consiste en toda decisión que pueda adoptar el funcionario con independencia de que la misma se materialice o no, en una resolución en un sentido jurídico administrativo⁸³. QUINTERO en cambio, mantiene que quedarían excluidas las hipótesis en las que la contrapartida de la solicitud es un acto injusto, o cuando el funcionario se limita a aceptar la oferta de relaciones sexuales hechas por el particular que se resolverían a favor de los delitos de cohecho o tráfico de influencias⁸⁴.

En el art. 444 CP se sostiene que dichas penas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos. Obviamente excluyéndose al propio delito de acoso sexual del art. 184 CP, por principio de especialidad⁸⁵.

2. El acoso moral, psicológico o mobbing

El término **mobbing** literalmente significa amilanar o atropellar y ha sido traducido como hostigamiento psicológico en el trabajo, refiriéndose a aquella situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. Son situaciones en las que se ejerce por una persona o actuando en grupo, una violencia psicológica y sistemática durante un período prolongado de tiempo, no ocurriendo exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño laboral, sino que tiene su origen en relacio-

76 QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS (Dirección y coordinación respectivamente de obra colectiva), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid, 2004, pág. 2161.

77 CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal Comentado*, Tomo II, Barcelona, 2004, págs. 1283 y ss.

78 QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, *ul.op.cit.*, pág. 2162.

79 VEGA RUIZ, *El delito de acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991, págs. 29 y ss. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1997, núm. 1004/97. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992, entiende sin embargo, que por solicitar sexualmente debe admitirse que la proposición o petición comprenda la de cualquier manifestación sexual, lo mismo cuando se pretenda la realización del acto sexual completo como la dirigida a ejecutar cualquier acción de contenido sexual.

80 CORDOBA RODA, GARCÍA ARÁN, *ul.op.cit.*, pág. 2112.

81 ALONSO PÉREZ, *ul.op.cit.*, pág. 1759.

82 MIR PUIG, “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pág. 334 s.

83 CORDOBA RODA, GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 2004, pág. 2111.

84 QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS, *ul.op.cit.*, pág. 2163.

85 MIR PUIG, *ul.op.cit.*, págs. 334 y s.

nes interpersonales. La parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador hostigado. Se limitan las posibilidades de comunicarse, se cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones, se aísla a la persona socialmente, se producen ataques a su vida privada, agresiones verbales, se difunden rumores contra dicha persona, provocando generalmente en la víctima ansiedad, pérdida de autoestima, depresión e incluso dolencias físicas como úlceras gastrointestinales⁸⁶.

A pesar de que el término más generalizado para el acoso moral ha sido el de *mobbing*, debemos señalar que no existe, como indica CARMONA SALGADO, una categoría conceptual única de acoso moral, al menos en el plano teórico. Se suele aludir al acoso vertical o *bossing*, cuando quien lo ejerce es el directivo, empresario o superior jerárquico respecto de un subordinado. Por el contrario, el acoso horizontal, o *mobbing*, se lleva a cabo por los compañeros de trabajo de la víctima, existiendo también algunas formas de “acoso mixto”, como combinaciones de ambos tipos. Además en todos los supuestos, normalmente el acosador no acostumbra a actuar nunca en solitario, sino que lo hace apoyado o arropado, activa o pasivamente por un grupo determinado de trabajadores del entorno que por razones de interés personal, sumisión o miedo reverencial, le ayudan a perpetrar su plan contra el hostigado⁸⁷.

El desarrollo del *iter criminis* presenta una serie de características comunes en los casos de *mobbing*, comenzando ordinariamente con un cambio brusco en la relación

entre el acosador y el acosado, existiendo entonces el comienzo de una situación negativa provocada por los celos, la envidia, la competición, la promoción exitosa de la persona (o incluso a veces de un acoso sexual no aceptado por parte de la víctima), que implica que el acosado no entiende los motivos del cambio, y se vea sometido a ser objeto de críticas sistemáticas, feroces e injustificadas, siendo denigrado en público y aislado. Esto conduce a que la víctima pierda la confianza en sí misma, y en sus capacidades profesionales, iniciando un lento proceso de desvaloración personal y pérdida completa de autoestima⁸⁸.

Como define MARTÍNEZ ESCRIBANO, el *mobbing* es un proceso de destrucción, son situaciones hostiles que tomadas de forma aislada pueden parecer hasta anodinas pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos⁸⁹. Se deben dar por lo tanto obligatoriamente tres elementos: la existencia de un comportamiento humillante o vejatorio, la prolongación del mismo en el tiempo (los estudios médicos y sociológicos indican un término de seis meses como mínimo, si bien se señala que jurídicamente se debe seguir un criterio más flexible), y un elemento intencional que consiste en causarle al trabajador un mal o daño, intentando minar la moral del trabajador y desestabilizarlo, constatando que los comportamientos del acosador sean idóneos para causar una lesión en los bienes jurídicos del acusado, con independencia del motivo que genera la situación de persecución y de que se produzcan o no, daños patológicamente evaluables⁹⁰.

Con respecto a las características de la acción típica DE LA CUESTA señala que frente a los delitos tradicionales en los que la realización de una acción u omisión que

86 MARTÍNEZ ESCRIBANO, “El acoso en el trabajo”, en *La Toga*, Sevilla, Septiembre-Octubre, 2004, pág. 16.

87 CARMONA SALGADO, “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo, *mobbing*”, en *Estudios Penales en Homenaje a Ruiz Antón*, Valencia, 2004, págs. 184 y ss.

88 PIÑUEL Y ZABALA, *Mobbing, Cómo sobrevivir el acoso psicológico en el trabajo*, Madrid, 2001, págs. 56 y s.

89 MARTÍNEZ ESCRIBANO, *ul.op.cit.*, págs. 16 y ss. Entiende que desde el punto de vista laboral el *mobbing* puede incluirse en las causas de extinción del contrato de trabajo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, con la alternativa acción de resarcimiento al suponer cuando la conducta es empresarial un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones entre las que se encuentran el mantenimiento de la integridad física y psíquica del trabajador el debido respeto a su dignidad y el desarrollo de la relación contractual según los principios de buena fe, lealtad y los derechos recogidos en el art. 4 ET y en el art. 15 CE. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 677/2004, de la Sala de lo Social, ratifica el acoso moral como causa de despido disciplinario del art. 54.2 ET por ofensas verbales o psíquicas. Asimismo la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, reforma el apartado 2.e) del art. 4 ET, que especifica entre los actos atentatorios a la dignidad del trabajador además de las ofensas verbales o físicas, incluidas las de naturaleza sexual, el acoso, concretando eventuales móviles del acoso ilícitos por discriminatorios, sin realizar una lista exhaustiva sino meramente enunciativa comprendiendo cualquier causa mediata o inmediata de tal comportamiento hostigador que merece reproche de ilicitud como atentado a la dignidad personal y a la integridad psíquica del trabajador. Se modifica el art. 181 LPL con referencia a la prohibición de acoso sin más especificación y modifica el art. 8 de la LISOS para introducir como infracciones sociales conductas como el acoso. Frente a esta opinión PEREZ MACHÍO, “Concreción del concepto jurídico de *mobbing*, bien jurídico lesionado y su tutela jurídica penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3 de agosto de 2004, visitada en fecha 10 de octubre de 2005, pág. 54 destaca que dicha reforma en materia de acoso no se ajusta al específico interés lesionado con motivo de las conductas de acoso moral y dejan fuera de la regulación específica una multiplicidad de supuestos que se concretan en una lesión de la dignidad del trabajador.

90 MARTÍNEZ ESCRIBANO, *ul.op.cit.*, págs. 18 y ss. Confrontar igualmente PEREZ MACHÍO, *ul.op.cit.*, págs. 6 y s, distingue dentro del *mobbing* entre acoso psicológico y acoso moral propiamente dicho. El primero se corresponde con amenazar, criticar, ridiculizar, acechar, perseguir a una persona, inducir en ella sentimientos negativos, como miedo, desánimo, preocupación, inseguridad, interferir en sus dinámicas mentales, sobrecargarle con exigencias y expectativas que no pueden cumplir. Su esencia radica en la

cumpla los requisitos legales se estima como típica, en el caso del acoso será la concurrencia de acciones u omisiones los que convertirán la conducta en típica, entendiendo en este sentido que nos encontramos ante un delito de acciones acumuladas o delitos acumulativos. Desde su punto de vista, con ello quiere ponerse de manifiesto que la realización de una acción u omisión aisladamente considerada no reúne un contenido material del injusto suficiente para ser considerada típica (bien porque no es idónea para afectar al bien jurídico protegido, bien porque aún afectándolo los efectos o menoscabos son insignificantes, meras conductas de bagatela), sino que son el conjunto de ellas, las que las convierten en típicas⁹¹.

Asimismo CARMONA SALGADO ha destacado una iniciativa legislativa del Partido Socialista presentada en el Congreso de los Diputados en noviembre de 2001, creadora de una nueva infracción el art. 314 bis CP. Este nuevo precepto encuadrado dentro de los “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, partiría de la base de que el bien jurídico era el derecho de todo trabajador a desempeñar sus funciones **en unas condiciones laborales dignas**, las cuales, no debían ser alteradas ni directa ni indirectamente, respetándose en primer lugar, lo legalmente establecido en convenios y contratos y en segundo lugar, omitiendo e impidiendo el ejercicio del acoso moral. El precepto hubiera tenido dos apartados, penalizándose en el primero a **“los que, mediante reiterado acoso moral o psicológico, degradasen o consintieran que se degradasen las condiciones de trabajo de alguna persona y no cesaran o adoptaran las medidas que evitasen el mismo, tras requerimiento o sanción administrativa, siendo castigados con las penas de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses”**, y en cambio, en el segundo apartado se contendría un tipo agravado cuando **“el culpable de acoso moral hubiera cometido el hecho prevariándose de una relación de superioridad, pudiendo ser castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses”**⁹².

PÉREZ MACHÍO, en cambio, introduce un concepto jurídico de *mobbing* como *toda inflicción habitual y reiterada de sufrimientos y padecimientos de carácter físico, psíquico o de cualquier otra naturaleza, que cometidos en el ámbito laboral o consecuencia de la relación laboral y dirigidos a obtener la salida del trabajador acosado en la organización, provocan potencialmente sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento, de especial intensidad, contrarios a la dignidad humana*⁹³.

Por ello, defiende esta autora, que al constituirse el *mobbing* como un comportamiento que genera un clima de degradación y humillación hacia la persona del trabajador con la ausencia manifiesta de menoscabos de carácter físico y psíquico frente a esta clase de comportamientos, se atribuye a la integridad moral la condición de derecho fundamental afectado como consecuencia de la comisión de esta clase de conductas⁹⁴.

Frente a la doctrina mayoritaria que mantiene que las conductas de acoso moral lesionan una pluralidad de bienes jurídicos, que requeriría entre otros la aplicación del art. 147 CP, en relación a los delitos de lesiones, el art. 173.1 CP sancionador de los tratos degradantes, el art. 184 CP, relativo al acoso sexual y el art. 311 CP dedicado a la imposición de condiciones ilegales de trabajo o de seguridad social⁹⁵, destaca que todos los hechos deben ser valorados en su conjunto⁹⁶, atendiendo a los sentimientos de degradación y humillación sufridos por el trabajador acosado, sin que quepa admitir pluriofensividad alguna, ya que la escasa gravedad de las específicas conductas constitutivas de la situación de *mobbing*, aisladamente consideradas, impide su incardinación en ninguno de los tipos mencionados, excepto, que atendido el clima global y habitual de degradación soportado sólo a través del reconocimiento de la integridad moral como bien jurídico lesionado, para conseguir una completa y efectiva sanción de estas conductas, evitando que esta clase de situaciones resulten impunes⁹⁷.

Del mismo modo en torno a la calificación jurídica de los actos de *mobbing* como delitos contra los derechos de

violencia psicológica, sin necesidad de contacto físico o corporal, proyectada sobre el estado emocional, con la consecuente perturbación del necesario equilibrio emocional que requiere la persona para su bienestar. El acoso moral se caracteriza por esconder una situación donde los sentimientos o sufrimientos humillantes, degradantes y envilecedores se demuestran como una constante a lo largo de todo el proceso de sometimiento al acosador.

91 DE LA CUESTA AGUADO, “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, en *Violencia y Género en el trabajo, respuestas jurídicas a problemas sociales*, Sevilla, 2004, 134.

92 CARMONA SALGADO, *ul.op.cit.*, págs. 194 y ss. Cfr. BOCG, VII Legislatura, 23 noviembre 2001, núm. 176-1, con respecto a la Proposición de Ley orgánica por la que se incluye un art. 314 bis en el Código penal tipificando el acoso moral en el trabajo.

93 PEREZ MACHÍO, *ul.op.cit.*, pág. 20.

94 PEREZ MACHÍO, *ul.op.cit.*, pág. 36.

95 PEREZ MACHÍO, *ul.op.cit.*, págs. 46 y s.

96 En el mismo sentido CARMONA SALGADO, *ul.op.cit.*, pág. 234.

97 PEREZ MACHÍO, *ul.op.cit.*, pág. 46. CARMONA SALGADO, *ul.op.cit.*, págs. 230 y ss., estima que según los supuestos quedando excluida la falta del art. 620.2 CP, dada su levedad, el proceso podría integrarse por las infracciones siguientes: injurias, calumnias, amenazas graves o menos graves, coacciones genéricas o agravadas, atentados contra la intimidad, contra los derechos de los trabajadores, contra la integridad moral, lesiones, acoso sexual e incumplimiento de normas sobre prevención de riesgos laborales. *Vid.* asimismo págs. 233 y s., en donde se destaca que en cualquier supuesto que se planteara judicialmente de acoso

los trabajadores PEREZ MACHÍO recalca que la sistematización y especialidad de los tipos sancionadores de los comportamientos contrarios a los derechos de los trabajadores se presenta como un obstáculo para encuadrar al mobbing. La integridad moral no se concibe como un derecho nacido de la relación laboral, sino que se considera intrínseco a la persona por el hecho de serlo, debiendo ser entendidos los comportamientos de *mobbing* en el contexto de una conducta contraria a la integridad moral de cualquier persona, cuya comisión, se ve favorecida por las especiales relaciones personales de subordinación y competencia que se suscitan en los distintos espacios laborales, ya sean privados o públicos⁹⁸. Rechaza que la totalidad de las conductas de acoso moral se puedan ubicar dentro del art. 311 CP porque la conducta sancionada consiste en imponer condiciones que supriman, perjudiquen o restrinjan los derechos que tengan reconocidos en disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual, y al afectar directamente el acoso moral al bien jurídico integridad moral, reconocido a toda persona por el simple hecho de serlo, independientemente de los derechos que objetivamente ostente como trabajador, la sanción de las conductas de acoso moral no se incardinan en dicho precepto, puesto que no inciden en ninguno de los derechos atribuidos al trabajador por dicha condición. De igual modo, tampoco el art. 316 CP se señala como adecuado para el castigo de las conductas de *mobbing* ya que la conducta típica debe de poner en peligro grave la vida, la salud o la integridad física del trabajador, sin indicarse la integridad moral, consistiendo la conducta típica en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actuación con las medidas de higiene adecuadas previstas por las normas de prevención de riesgos laborales, que nada tiene que ver con la intención de humillar, degradar y envilecer al trabajador víctima de tales comportamientos⁹⁹.

Además de los puntos anteriormente señalados, la jurisdicción penal¹⁰⁰, que ahora está comenzando a enfrentarse al enjuiciamiento de esta serie de hechos delictivos, ha realizado una relevante distinción entre los conceptos de *trato degradante y mera sensibilidad personal*. Se considera trato degradante aquellas conductas que implican la reducción de una persona a la condición de objeto o fardo,

de mera cosa, su anulación como persona libre, incluso a través de una conducta habitual repetida en relación a situaciones de menor entidad hirientes de la dignidad. En otros casos son tratos que conllevan crear en las víctimas sentimientos de terror, angustia e inferioridad, humillándolos, envileciéndolos y quebrantando en su caso la resistencia física o moral, o bien, generando un clima de aislamiento vital, marginación o sometimiento a condiciones vitales inadmisibles. Sin embargo, se recalca que lo que no puede determinar la existencia del delito es la mera sensibilidad personal, ya que sólo se estima como delito lo que **en concepto y sentimiento general de las personas se tenga como humillante**. Se insiste, en que hechos como levantamiento de voces en una discusión, o hablarle mal al subordinado, no integrarían el delito, por cuanto son acciones aisladas y que al ser de esa naturaleza, no revisten la gravedad que exige el precepto penal, sin que ello sea obstáculo para que puedan valorarse autónomamente como un delito de coacciones, si bajo violencia o intimidación se obliga al sujeto a hacer lo que no quería al margen de las obligaciones que comporte su puesto de trabajo.

Desde nuestro punto de vista, en primer lugar, se hace preciso como señala CARMONA SALGADO, que antes de acudir a debatir sobre cuál sería la calificación jurídica adecuada de estos hechos, comenzar por concienciar a la propia sociedad sobre la realidad del *mobbing*, su alcance y trascendencia, al igual que los efectos devastadores que ocasionan en las víctimas que lo sufren, como en sus familiares más cercanos, puesto que aunque se trate de una práctica desdichadamente tan antigua como la vida misma, lo cierto es que ha tomado un protagonismo inusitado en los últimos años¹⁰¹.

Con todo, en segundo lugar, a pesar de compartir la opinión tanto doctrinal como jurisprudencial de que las conductas de *mobbing* deben ser reconducidas principalmente a los delitos contra la integridad moral, en nuestra opinión se hace preciso realizar una serie de aclaraciones. Siguiendo a DÍAZ PITA, el art. 173 CP solamente puede entenderse por exclusión con respecto a otra serie de bienes jurídicos, es decir, que antes de determinar que una conducta de acoso moral en el trabajo afecta exclusivamente a la integridad moral de una persona, debemos dis-

moral tendría que ser resuelto bajo una doble disyuntiva, o bien, procede calificarlo solamente en atención a uno o algunos de los múltiples delitos cometidos por resultar más asequibles a efectos probatorios, o bien, se toman en consideración todas y cada una de las infracciones que consten cometidas el acosador sancionándolas conforme a las reglas generales del concurso de delitos, lo cual podría provocar indeseados solapamientos entre las mismas con el consecuente peligro de vulneración del *ne bis in idem*.

98 PEREZ MACHÍO, *ul.op.cit.*, pág. 49.

99 PEREZ MACHÍO, *ul.op.cit.*, pág. 48.

100 La reciente *Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, núm. 61/2005, de 12 de mayo*, considera que el mobbing o delito de trato degradante, se contempla en el art. 173 CP, en su forma generalizada, y en art. 175 CP cuando su autor es autoridad o funcionario público.

101 CARMONA SALGADO, *ul.op.cit.*, págs. 199 y s. Se recogen en esta obra que se han planteado incluso iniciativas legislativas centradas en la necesidad de tipificar un delito específico de acoso moral.

tinguir que tal afección no ha implicado un delito de lesiones, un delito contra la libertad o un delito contra el honor, valorando qué entendemos por integridad moral de una persona¹⁰².

Con respecto a la relación con la integridad física, el ámbito que le queda a la integridad moral se corresponde con aquellos supuestos en los que las conductas supongan un menoscabo a la salud física o psíquica, pero no de una entidad suficiente para ser calificada de lesiones (cortes de pelo, pintadas en el cuerpo, pegar chicles a la persona). En lo concerniente a la libertad, en los delitos de coacciones y amenazas, la integridad moral se caracteriza por un sentimiento de humillación que no ocurre necesariamente en estos delitos. Finalmente, en lo relativo a su distinción con el honor, la integridad moral ofrece un sentido más amplio, ya que corresponde a todos los ciudadanos por el hecho de ser personas, y que no varía en función de la posición de cada uno o de su participación en la vida social, como ocurre con el honor¹⁰³.

Por lo tanto, para decidir que una conducta de acoso moral afecta a la integridad moral de la persona, deberemos descartar que dicha conducta (aunque reiterada) no implique un delito de lesiones (recordemos que con la reforma del art. 147.2 CP, cuatro faltas de lesiones en el plazo de un año significa la comisión de un delito de lesiones), no sean amenazas o coacciones dirigidas directamente a coartar la libertad de decisión del sujeto en decisiones laborales particulares, y no se constituya como una difusión de hechos inciertos que con temerario desprecio hacia la verdad, se dirijan más a atacar estrictamente el honor de una persona, que a humillar y destruir poco a poco a dicha persona dentro de su trabajo.

Del mismo modo, al considerar al acoso moral como un delito contra la integridad moral no podemos olvidar que el art. 173 CP no puede ser entendido sin complementarlo con el art. 177 CP, que obliga a tratar conforme a las reglas del concurso delictivo con las situaciones en las que además del atentado a la integridad moral se produzcan daños a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero (excepto en los casos en los que el ataque a la integridad moral se halle espe-

cialmente castigado por la ley). Sin embargo, como señala DÍAZ PITA, esta regla del concurso parece que no sería operativa para los casos de amenazas, coacciones e injurias, en cuyo caso, si se siguieran las reglas del concurso de leyes, el principio de consunción nos inclinaría hacia los delitos contra la integridad moral, pero el principio de alternatividad nos indicaría justo lo contrario, puesto que la pena de los delitos de amenazas o coacciones en algunos casos, es más grave que la prevista en el art. 173.1 CP¹⁰⁴.

Por último en lo referente a la relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores y las conductas de acoso moral, entendemos que también debe procederse a una serie de determinaciones. Cuando nos encontremos solamente con una conducta (como pluralidad de hechos reiterados en el tiempo), que cumpla los tres elementos de la definición de *mobbing*, es decir, un comportamiento humillante o vejatorio, habitual, llevado a cabo con una intención dirigida a causarle al trabajador un mal o daño, con el objeto de hostigarlo y desestabilizarlo, a través de actos como las descritos (aislamiento, ruptura de vínculos de información, vejaciones públicas, críticas exacerbadas injustificadas), nos hallaremos ante un delito contra la integridad moral, que afecta a la persona por el simple hecho de serlo¹⁰⁵. No obstante, esto no implica negar la existencia de un concurso de delitos, cuando se produzca además de las acciones referidas la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudican, supriman o restrinjan los derechos que tenga reconocido dicho individuo por ostentar además la condición de trabajador, o se ponga en peligro grave su vida o su salud incumpliendo la normativa de riesgos laborales, puesto que al afectarse dos bienes jurídicos distintos, por una lado (la integridad moral y por otro, que no se produzcan ataques que lesionen sus principales derechos irrenunciables como trabajador), el decidir que el desvalor completo de dicha conducta, quedaría abarcado únicamente por un delito contra la integridad moral, sería beneficiar a las conductas de *mobbing* al privarlas en todo caso de las reglas de los concursos delictivos, sobre todo teniendo en cuenta que los artículos 311 CP y 316 CP contemplan una

102 DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y contra la integridad moral”, en *Estudios de Política Criminal*, 1997, págs. 95 y ss. Igualmente en relación a la concreción de la integridad moral frente a la dignidad humana, NÚÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar, aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002, pág. 79.

103 DÍAZ PITA, *ul.op.cit.*, págs. 95 y ss.

104 DÍAZ PITA, *ul.op.cit.*, pág. 98. Señala también la autora que en cambio en la relación del art. 173 CP con los delitos de injurias, en el caso de mantener concurso de leyes, la pena prevista para el art. 173 CP sí representa una respuesta adecuada cuando una conducta implique una acción que afecte al honor y a la integridad moral, según la postura mantenida de que la integridad moral tiene un contenido más amplio que el honor.

105 *Vid.* CARMONA SALGADO, *ul.op.cit.*, pág. 236 y ss., que señala que en los supuestos en los que la realización de la conducta de *mobbing* fuera realizada por jefes o superiores del mismo, en el sector privado de la empresa no habría inconveniente en aplicar la agravante genérica del art. 22.2 CP de abuso de superioridad. Si el acoso se perpetra en el entorno de la Administración Pública, por funcionario, y abusando de su cargo, el tipo aplicable sería el del art. 175 CP. Mantiene no obstante reticencias entre el concurso de delitos entre este artículo y el de tráfico de influencias del art. 428 CP, puesto que el requisito del “abuso del cargo” ya forma parte del delito del art. 428 CP.

pena de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (que en caso del primero, cuando la conducta implica violencia o intimidación, puede suponer la pena superior en grado) frente a la pena de prisión de seis meses a dos años que prevé únicamente el art. 173.1 CP¹⁰⁶.

Además, como señala acertadamente CARMONA SALGADO, tampoco podemos olvidar que pueden surgir determinadas hipótesis, bastante frecuentes en la práctica, en las que un mismo sujeto activo comienza a desarrollar un proceso de acoso reiterado de solicitud de favores sexuales a su víctima, la cual ofrece toda clase de resistencia (a pesar incluso de que el acosador abuse de su situación de superioridad en el trabajo), y finalizado el agotador desarrollo de los acontecimientos que conforman el delito de acoso sexual sin haber logrado su finalidad sexual, se desencadenan en él, incontrolados deseos de venganza, que decide volcar en su víctima, ahora adoptando la modalidad comisiva del acoso moral o psicológico aplicado al ámbito laboral. En estos casos, podría aplicarse un concurso de delitos entre el art. 173.1 CP (o el art. 175 CP), con el tipo agravado del art. 184 CP, ya que en este último se protege un bien jurídico distinto a la integridad moral, como es la libertad sexual¹⁰⁷.

B. El acoso escolar

Sin lugar a dudas, esta última forma de acoso que vamos a tratar en el presente estudio, es una de las más desconocidas hasta el momento por el Derecho penal. Inmer-

sa en la controversia de la responsabilidad penal del menor, en el debate actual entre la necesidad de reconocer que los menores requieren una serie de medidas adecuadas a su especiales características y la expansión del reciente “Derecho penal de la seguridad”¹⁰⁸ que reclama un endurecimiento de las consecuencias jurídicas aplicables a los mismos por la comisión de hechos calificables de delito, nos topamos con una serie de actuaciones que se caracterizan por ser realizadas en grupo, en centros escolares, públicos o privados, que consisten en amenazas, insultos, vejaciones e incluso golpes, que en ocasiones, debido al ambiente hostil en el que vive la víctima en etapas tan delicadas como la adolescencia, le conducen a actos tan drásticos como acabar con su vida¹⁰⁹.

La *Sentencia del Juzgado de Menores de Guipúzcoa, de 12 de mayo de 2005, número 86/2005*, condenó a ocho menores como autores de un delito contra la integridad moral a la pena de dieciocho meses de libertad vigilada, y a cinco de los mismos como autores de una falta de lesiones, a la medida de tres fines de semana de permanencia en centro educativo. Esta sentencia, basada en el denominado “caso Jokin”, se sitúa como principal exponente del acoso escolar.

Jokin, cursaba sus estudios de secundaria en un instituto de Hondarribia, y debido a que durante el primer día del curso escolar sufrió problemas intestinales que le provocaron una defecación involuntaria en clase, padeció varias semanas de burlas e insultos de sus compañeros. Tras una estancia en un campamento juvenil, es descubierto junto

106 Vid. asimismo la Instrucción 104/2001, de la Fiscalía General del Estado sobre las Relaciones entre el Ministerio Fiscal y la Inspección de Trabajo, que señala que en los casos de accidentes y riesgos laborales, en la polémica de cuando no todos los trabajadores de una empresa expuestos a un peligro sufren lesiones sino solamente la víctima acosada, se aconseja que en las actas de la inspección aparezcan los datos de los sujetos expuestos indirectamente al mismo riesgo para proceder conforme a las reglas del concurso ideal de delitos por las infracciones de peligro ocasionadas respecto a los mismos. En relación al delito de acoso moral como delito de discriminación por razón de género, DE LA CUESTA AGUADO, *ul.op.cit.*, pág. 143, señala que cabría incluso un concurso de delitos con el delito de discriminación del art. 314 CP, cuando el mobbing se deba a razones de género, entendiéndose por tal aquella relacionada con la condición femenina de la víctima.

107 CARMONA SALGADO, *ul.op.cit.*, pág. 237.

108 Cfr. sobre este nuevo Derecho penal críticamente, MUÑOZ CONDE, “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho penal*, www.iustel.es, núm. 3, mayo, 2005, pág. 5, MUÑOZ CONDE, “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, La Ley, núm. 16, julio, 2005, pág. 123.

109 El Consejo de Ministros ha recibido un informe del Ministro de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley que introduce reformas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. El nuevo texto legislativo de aplicación a los menores entre catorce y dieciocho años conciliará la orientación educadora de las medidas y el interés superior del menor con una mayor protección de las víctimas. Contempla nuevos instrumentos frente a los delitos más graves tratando de ofrecer una respuesta a la delincuencia en bandas organizadas. Se recalca que en todo caso, debe seguir primando como criterio rector el interés superior del menor al igual que la especial orientación educadora de las medidas que se prevén. No obstante se plantea una especial consideración por la protección de la víctima, estableciendo que en el supuesto de víctimas directas de un delito cometido por un joven entre catorce y dieciocho años, se establece taxativamente su derecho a ser informados en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses. Asimismo, la reforma también se ha dirigido a evitar la victimización del propio menor autor de un delito frente a posibles abusos por parte de otros internos de mayor edad, tratando de hacer efectiva en su grado máximo la orientación educadora de las penas. Cfr. www.lamoncloa.es, visitada en fecha 7 de octubre de 2005, para obtener mayores informes. Igualmente el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ha aprobado el informe de la Comisión de Estudios que valora positivamente el incremento de sanciones recogido en el Anteproyecto de la Ley penal del Menor. Cfr. www.iustel.es, en el Diario del Derecho, visitada en fecha 10 de octubre y 25 de noviembre de 2005.

con otros amigos fumando hachís, enviando los monitores cartas a los padres de los menores, que fueron interceptadas salvo la suya, con lo cual, sus padres tomaron la decisión de contarle al resto lo sucedido con sus hijos. Los amigos del menor tomaron este hecho como “una traición”, y a partir de ahí, comenzaron las actuaciones de aislamiento por parte de los compañeros, las increpaciones, los empujones, los insultos, golpes, patadas (incluso puñetazos en el rostro), cachetes, en ocasiones dos o tres veces al día, y balonazos durante las clases de gimnasia. Asimismo coincidiendo con la fecha de la defecación involuntaria, se le tiraban rollos de papel higiénico alrededor de la mesa.

El menor no se defendía de los golpes e insultos, dejó de asistir a clase, y a pesar de las reuniones de los padres, con la jefa de estudios y la orientadora educativa (en donde existieron enfrentamientos verbales entre los menores y los padres), al día siguiente apareció el cuerpo del menor al pie de las murallas de su localidad, desde donde se había precipitado. A los ocho compañeros se les abrió un expediente disciplinario que concluyó con la sanción de expulsión del instituto por siete días.

Ante la magnitud del resultado final, la primera puerta que se abre en un supuesto como el que ocupa la sentencia, es la determinación de si cabría aplicar en estos casos un delito de inducción al suicidio previsto en el art. 143.1 CP.

Según determina la jurisprudencia, la inducción al suicidio penalizada en el art. 143.1 CP, requiere una colaboración, una prestación coadyudante que ofrezca una cierta significación y eficacia en la realización del proyecto que preside a un sujeto acabar con su propia existencia, es decir, una conducta del sujeto activo de colaboración prestada a la muerte querida por otra persona, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y

voluntad de cooperar en la misma, de tal modo que el suicida tiene en todo momento, el dominio del hecho. La inducción ha de ser directa y ejercerse sobre el psiquismo de un ejecutor material determinado, debiendo ir dirigida además a la realización del hecho concreto. Se debe exigir que la influencia del inductor incida sobre alguien que previamente no estaba decidido a cometerlo, con una incitación intensa y adecuada que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado. El inductor debe haber actuado con la doble intención de provocar la decisión y de que el suicidio sea efectivamente ejecutado.

El Juzgado de Menores de Guipúzcoa considera que en el caso no concurren los requisitos del tipo puesto que se requiere un dolo directo en el inductor a la consecución del hecho criminal, y en modo alguno, los comportamientos de los ocho menores, basados en agresiones, insultos y vejaciones, no demostraban que pensarán que su compañero iba a tomar esta trágica decisión¹¹⁰.

Sin embargo, sí se considera la conducta de acoso escolar como constitutiva de un delito contra la integridad moral¹¹¹, ya que se aprecia cometido el delito del art. 173.1 CP, tanto por conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, como por aquellas otras, que si bien, aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por el delito, sin embargo, al ser reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo un menoscabo grave a la integridad moral. Se estima que son conductas de trato degradante, que al reiterarse afectan gravemente, por erosión, la integridad moral¹¹².

No obstante, la problemática del acoso escolar no se agota solamente en la inducción al suicidio o en la comisión de un delito contra la integridad moral, sino que al igual que sucede con otras conductas acosadoras, surgen

110 La acusación particular había documentado el fenómeno del bullying concluyendo que el menor sufría una situación de angustia o trastorno emocional que le llevó a no acudir a clase. Sin embargo, el órgano sentenciador mantiene que el menor, además de su grupo de amigos, base fundamental en dicha etapa de su vida, tiene otras circunstancias personales, familiares y sociales, que al examinarlas hubieran llevado a una aproximación sobre la decisión final que Jokin adoptó. Cfr. al respecto, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del Delito*, Valencia, 2004, págs. 212 y s. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 2004, pág. 385, que habla de un doble dolo del inductor, puesto que persigue dos objetivos, por un lado provocar la resolución delictiva en el futuro autor, y por otro, que el resultado del delito inducido se materialice llevándose finalmente a cabo. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1996, pág. 402, mantiene en cambio, en relación con la inducción como forma de participación, que si cabría inducción con dolo eventual.

111 Se impone una medida de dieciocho meses de Libertad Vigilada, y tres fines de semana de permanencia educativa además para los menores condenados no solo por un delito contra la integridad moral sino por la comisión de una falta de lesiones. Se considera que los menores responsables son personas a las que ha de exigírseles una respuesta en el medio en el que viven, pues es aquí donde tienen que esforzarse para reparar el mal causado. No se puede aplicar una medida de internamiento en centro educativo, como pidió la acusación particular, puesto que impediría el trabajo que ha de efectuarse con los menores para asumir no solo su responsabilidad por el daño causado sino su normalización en el medio en el que tienen que desarrollarse, lo que unido a un entorno familiar favorable augura un éxito en la respuesta que ha de exigírseles.

112 La *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2003*, considera que por trato degradante deberá entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral. Se somete a la víctima de una forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana.

las dudas en torno a los concursos con los resultados lesivos. Con respecto a los daños físicos, generalmente se admite la comisión de falta de lesiones, si se cumplen los requisitos del art. 617 CP, e incluso un delito de lesiones del art. 147 CP. La polémica surge al examinarse la causación de daños psicológicos en las víctimas, ya que normalmente, se defiende la existencia de un concurso de normas, al sostenerse que el delito contra la integridad moral absorbería el desvalor asignable al delito de lesiones¹¹³.

La jurisprudencia sostiene que no cualquier maltrato psíquico constituye un delito del art. 147 CP, puesto que únicamente el menoscabo de la salud psíquica que pro venga de una lesión corporal encuentra acomodo en el tipo de lesiones descrito en el apartado primero de dicho artículo. Sólo se subsumen los supuestos en los que la lesión causada tenga una determinada gravedad resultante de sus consecuencias sobre la integridad corporal, la salud física o la salud mental. En concreto, la lesión corporal, desde esta óptica judicial, incluiría el daño o la pérdida de la sustancia corporal, la perturbación de las funciones del cuerpo, malestares físicos de cierta entidad, o bien *el terror o asco, cuando junto a la conmoción del equilibrio espiritual se de también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso, que transmiten las impresiones sensibles, como someter a una persona de forma continuada a fuertes ruidos, aterrorizar a otro mediante la amenaza con un arma, etc.*¹¹⁴.

Por ello la Audiencia Provincial de Guipúzcoa ha estimado en el caso Jokin, que de la existencia de agresiones en un marco de hostigamiento (como puñetazos en la cara, empujones, cachetes en la cabeza, patadas en las piernas, y en la espalda, golpes en los hombros y abdomen, balonazos, etc.), **la sinergia de esta violencia física con la violencia psíquica ejercida, menoscaba la salud mental de la víctima, lo cual motivaría que la conducta entrara dentro del tipo recogido en el art. 147 CP¹¹⁵, sobre todo cuando el art. 177 CP establece un concurso de delitos entre los delitos contra la integridad moral y los delitos de lesiones.**

Por lo tanto, se considera que la conducta de los siete menores afectó a dos bienes jurídicos diferentes, como eran la inviolabilidad de la persona humana y la salud mental. Su comportamiento vejó y humilló a la víctima (ámbito propio de la integridad moral), y también afectó a la salud psíquica sumiéndole en un estado de **desequilibrio emocional**, cuya evaluación y enfrentamiento hubiera precisado de tratamiento médico. Son dos infracciones distintas, con significación jurídica propia y tutela normativa y jurisdiccional diferenciada. Mantiene el órgano judicial un concurso real de infracciones¹¹⁶.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil ha examinado además otra cuestión problemática, como es si sería posible la convivencia de la sanción impuesta por el centro educativo y la sanción penal para el menor, es decir, introduce una serie de parámetros para determinar el alcance del principio *non bis in idem* en este ámbito.

Se establece que solamente cabrá la coexistencia de ambas sanciones en los supuestos en los que no concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento de la infracción penal y la administrativa, entendiéndose a la identidad de fundamento como sostenimiento del mismo interés jurídico protegido.

Desde esta óptica, se cita como ejemplo el art. 60.6 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM, que dispone que aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de infracción penal podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de esta sanción, que ha de ser distinto del de la penal, **sea la seguridad y el buen orden del centro**. En estos casos, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera.

En esta misma línea, la Fiscalía General del Estado destaca, que el hecho de que la conducta hubiera sido ya sancionada disciplinariamente en el ámbito escolar no impi-

113 Según recoge la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, número 178/2005, de 15 de julio*, el Tribunal Supremo estima que la integridad moral comprende todas las facetas de la personalidad: la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano. También mantiene que la integridad moral es un atributo por el mero hecho de serlo, con la proscripción de cualquier uso instrumental del sujeto, siendo el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto.

114 Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998 y 10 de marzo de 2003.

115 Fundamento Cuarto, Juicio de subsunción típica, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, número 178/2005, de 15 de julio.

116 La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dicta segunda sentencia, en fecha 15 de julio de 2005, número 178/2005, ratificando el pronunciamiento del Juzgado de Menores de Donostia-San Sebastián, absolutorio referido al delito de inducción al suicidio, y en lo relativo a la falta de lesiones penalizada con tres fines de semana de permanencia en centro educativo. Revoca el resto de los pronunciamientos y declara a siete menores como autores de un delito contra la integridad moral y un delito contra la salud psíquica de Jorge, y les imponen por ambas infracciones a cada uno la medida de dos años de internamiento en centro educativo en la modalidad de régimen abierto, siguiendo lo dispuesto en el art. 7.2 LORPM, con el siguiente contenido: Durante el primer año los menores llevarán a cabo las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo. Durante el segundo año, los menores estarán en régimen de libertad vigilada.

de que en la jurisdicción de menores pueda imponerse una medida, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que recalca que desde la perspectiva formal no se viola el principio del *non bis in idem* porque la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador. A pesar de ello, desde la vertiente material, el Tribunal Constitucional también ha considerado correcta la solución en estos casos, de deducir la sanción administrativa de la pena impuesta en ejecución de sentencia, siendo adecuada por razones de justicia material y respetuosa con el principio de proporcionalidad.

La Fiscalía General del Estado concluye que si no existe la triple identidad serán compatibles las sanciones disciplinarias impuestas en el centro escolar con las impuestas por la jurisdicción de menores; y si existe la triple identidad la previa tramitación del expediente disciplinario no impide la tramitación de expediente de menores conforme a la LORPM, pero en este último caso habría de tenerse en cuenta la sanción impuesta en el ámbito escolar, ya desistiendo conforme al art. 18 LORPM, ya acordando el sobreseimiento del expediente, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 19.1 o 27.4, o bien modulando la naturaleza o la extensión de la medida penal que se imponga. Sin embargo se añade que esta operación de compensación habrá de revestir en la justicia de menores una gran elasticidad, teniendo presente la flexibilidad inherente a las reglas de determinación de la medida.

En síntesis podemos valorar, que acoso escolar es sin duda otro de los “grandes problemas sociales” que desembocan en el Derecho penal de menores, denunciando la grave crisis y el fracaso de otras instancias previas.

La participación de un menor en la dinámica del delito, como sujeto activo o pasivo, siempre promueve una reacción de alarma más profunda y generalizada, ya que en cierto modo, supone la denuncia de la crisis de una serie de valores, así como la deficiencia del funcionamiento de las instituciones básicas para el desarrollo de la personalidad del hombre¹¹⁷.

Con frecuencia la familia, concretamente los padres, confundiendo libertad con excesiva permisibilidad, no ejercen la “potestas” y la “autoritas” que la patria potestad les otorga por miedo a parecer autoritarios, por falta de

tiempo o de interés en involucrarse. Más que delegar competencias se hace dejación de obligaciones en la escuela o en el centro educativo.

Los profesores se enfrentan, más que sentirse coadyudados o respaldados, a algunas de estas familias, en un marco legal tremendamente ambiguo, incoherente, en el que contrastan elocuentes declaraciones de principios en las Exposiciones de Motivos y Preámbulos de las normas con una enunciación genérica de deberes del alumnado, una remisión a las disposiciones previstas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro cuyo contenido resulta tan variopinto como el proyecto educativo concreto que pueda tener el Equipo Directivo del centro: desde “mini códigos penales” que entremezclan faltas, delitos, con meras infracciones administrativas, sin respetar en las sanciones correlativas principios de adecuación o proporcionalidad, hasta vacíos de redacción, lagunas que se llenan de contenido cuando se presenta el problema concreto.

El ámbito espacial de aplicación viene circunscrito en algunos casos al centro, como espacio físico estricto, y extendido en otros a un perímetro más o menos amplio. También existen casos de aplicación de sanciones con el “principio personal” por estar involucrado un alumno de ese centro en un episodio que se desarrolla en otro lugar o existir un enfrentamiento alumno-profesor fuera del centro educativo.

Lo mismo cabe afirmar en cuanto al ámbito temporal, en estricto horario escolar, o en el tiempo previo a la entrada al centro, o para evitar casos del “te espero a la salida”.

Las Comisiones de Convivencia, delegadas del Consejo Escolar, no siempre se reúnen o actúan, y cuando lo hacen, se guían casi sólo con el apoyo del “sentido común” y del “leal saber y entender”, sin asesoramiento jurídico mínimo y mediando en lo posible, entre las familias implicadas en la infracción.

Todas estas deficiencias integran el sustrato educativo de los implicados en el caso Jokin, explicando y justificando finalmente la intervención penal y la asunción por parte de la autoridad judicial y del propio Estado, de la reeducación de los menores sujetos activos de las conductas delictivas narradas¹¹⁸.

III. Conclusiones

Como hemos podido apreciar a lo largo de este estudio, el acoso presenta un amplio conjunto de comportamientos que requieren de un tratamiento penal diferenciado. El ca-

117 MARTÍNEZ GONZÁLEZ, “La minoría de edad penal”, en *Estudios de Política Criminal*, Madrid, núm. 20, 1983, pág. 453. Cfr. en torno a la evolución de la justicia juvenil desde un modelo tutelar hasta un modelo de responsabilidad, GARCÍA RIVAS, “Aspectos críticos de la responsabilidad penal del menor”, en *Revista penal*, núm. 16, julio 2005, págs. 93 y ss.

118 Cfr. *Ley Orgánica 8/85 de 3 de julio reguladora del Derecho a la Educación. Ley Orgánica 1/90, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. Decreto 85/99, de 6 de abril, por el que se regulan los derechos y deberes del alumnado y las correspondientes normas de convivencia en los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios*. Asimismo cfr. el *Proyecto de Ley Orgánica de Educación, Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 26 de agosto de 2005*.

lificar una conducta como acosadora, no es una tarea sencilla, puesto que en ella se mezclan aspectos objetivos (como reiteración o no de la conducta hostigadora, gravedad del comportamiento realizado, naturaleza sexual de las peticiones en su caso), con otra serie de elementos subjetivos (como son la diferente sensibilidad de la víctima acosada, su especial vulnerabilidad, su posible sentimiento de intimidación), e incluso, en algunos supuestos, debemos determinar si se han podido derivar daños psicológicos provocados por la conducta acosadora, para poder penalizar separadamente el acoso, en sentido estricto, del delito de lesiones psíquicas.

Con respecto a las conductas de acoso en el trabajo ante la multiplicidad de fenómenos existentes, debemos insistir en que en primer lugar se hace preciso distinguir el acoso de otra serie de conceptos. No es lo mismo discriminación que acoso, puesto que la primera obedece a razones puramente subjetivas a la hora de la comisión delictiva llevando a cabo el delito en concreto (ya sea un delito contra los derechos de los trabajadores, delitos de coacciones o amenazas, delitos contra la integridad moral), por los motivos expresamente recogidos en la agravante genérica del artículo 22.4 CP, es decir, por motivos racistas, antisemitas, u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca¹¹⁹, mientras que en cambio lo segundo, el acoso, se caracteriza por ser un completo hostigamiento de la víctima, conductas generalmente reiteradas, que si se considerasen separadamente podrían estimarse como atípicas penalmente, meramente constitutivas de falta o simples actos preparatorios de un posterior delito. A pesar de ello, aunque no toda discriminación constituye acoso, en el caso de que éste se produjera motivado por las causas anteriormente citadas, nada obstaría a que se evaluase también la aplicación al caso de la agravante genérica del art. 22.4 CP. Lo esencial es diferenciar en todo caso, una conducta discriminatoria aislada (independientemente de su gravedad), de un auténtico comportamiento de acoso.

En el mismo sentido tampoco puede afirmarse que el bien jurídico protegido en todas las conductas de acoso sea la dignidad humana, puesto que como hemos destacado anteriormente, la dignidad resulta conculcada cada vez que se lesiona cualquiera de los derechos fundamentales, como pueden ser el derecho a la salud, a la libertad, a la integridad moral, a la vida, pero sin que ello implique que ella misma sea directamente el bien jurídico expresamente amparado en el tipo. Además las conductas de acoso, según como se desarrollen van a afectar a distintos bienes jurídicos, debiendo en rigor distinguirse qué calificación jurídica debería recibir tal comportamiento, valorando cuál es realmente el bien jurídico perjudicado.

Qué duda cabe, que cuando una mujer resulta acosada en su centro de trabajo con peticiones sexuales, tal comportamiento conlleva una humillación, a veces teniendo incluso que decidir, si salvar su dignidad como mujer o mantener su trabajo, pero en definitiva, lo que se conculca auténticamente con esa serie de solicitudes de carácter sexual, es su libertad sexual, el disponer con quién quiere compartir su sexualidad e incluso, con qué persona quiere verse involucrada en un contexto sexual. Asimismo, cuando un trabajador es acosado moral o psicológicamente en su centro de trabajo, la persona también se siente evidentemente humillada, sobre todo cuando las conductas (como sucede normalmente) se producen ante una serie de testigos aparentemente ciegos, sordos y mudos, pero aquí, el bien jurídico lesionado no es la dignidad, como valor reconocido en el art. 10 de la Constitución, sino la integridad moral, como derecho fundamental recogido en su art. 15, y bien jurídico protegido en el art. 173 del Código penal.

Sin embargo, el hecho de que planteemos que debe diferenciarse y centrar la conducta llevada a cabo antes de proceder a su calificación penal, no quiere decir que la sanción jurídica prevista en la norma responda precisamente a las expectativas punitivas que podrían esperarse en función de la gravedad del comportamiento, o que la redacción legal del delito sea la más afortunada. Como ha destacado acertadamente una gran parte de la doctrina, el delito de acoso sexual se introdujo en el Código penal bajo la influencia de colectivos feministas que reclamaban una tipificación delictiva expresa, si bien no obstante presentando una pena mucho menor que la prevista para los delitos contra la libertad o contra la integridad moral, por ello, como han planteado oportunamente algunos autores, podría llegar a pensarse que su introducción se trataría de otro caso más de Derecho penal simbólico.

La tipificación del art. 184 CP, tras la reforma operada en 1999, tampoco satisface plenamente, ya que como ha manifestado la doctrina, en sus diferentes apartados se mezclan heterogéneos conceptos heredados de la jurisprudencia social que no han sido adecuadamente adaptados, en una mezcla entre los diferentes rasgos del acoso sexual ambiental y el chantaje sexual. Incluso, parece que en su redacción tampoco se han valorado adecuadamente sus relaciones concursales, tanto normativas como delictivas.

En el art. 184.1 CP, que pretende introducir al acoso sexual ambiental en el entorno penal, aparte de la crítica que merece el hecho de que sigue partiendo de una petición de favores de naturaleza sexual, que no tiene por qué darse en estos casos, necesita que se produzca “a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante”, con lo cual surgen diferentes problemas entre la relación del art. 184.1 CP y los delitos de amenazas o coacciones, o el delito contra la integridad moral, ya que en

119 Obviamente se excluye la aplicación de la agravante genérica de discriminación en la comisión del **delito de discriminación laboral** previsto en el art. 314 CP.

la propia redacción típica aparecen diferentes elementos propios de estos delitos como son la intimidación y la hostilidad en conexión con las amenazas o coacciones, y la humillación en referencia a la protección de la integridad moral. En estos casos la propia composición típica nos inclina hacia un concurso normativo, en el cual, el principio de especialidad (al existir peticiones de carácter sexual), conllevaría la aplicación del art. 184.1 CP, mientras que el principio de alternatividad nos indicaría justo lo contrario si comparamos las penas previstas en los diversos delitos¹²⁰.

Lo mismo sucede si examinamos las paradojas interpretativas que se han producido en torno al delito de acoso sexual. A pesar de reconocerse su fuerza como delito autónomo, reclamando su tipificación expresa (que debe obedecer a una *ratio* de que se está produciendo un grave ataque a un bien jurídico esencial), afirmando que no es un mero acto preparatorio de otro tipo delictivo, sino que en él se lesiona bien la libertad sexual o bien la dignidad del trabajador, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que en el caso de producirse un posterior delito de agresiones o abuso sexual, debe aplicarse el principio de consunción, considerándose absorbida en todo caso, la conducta de acoso en el desvalor jurídico de los mencionados delitos sexuales. Con lo cual se nos plantea la consecuente problemática de qué sucede en aquellos supuestos en los que el acoso se ha ido produciendo durante meses o incluso años y la víctima finalmente accede o es forzada, cuando se rechazan las reglas del concurso delictivo y el hostigamiento se absorbe automáticamente en la consecución delictiva.

Ante estas cuestiones surgen dudas referentes a cuáles son las auténticas razones a las que responde la incriminación del acoso sexual, y cuáles son las conductas que efectivamente está penalizando el Código penal, ya que en ocasiones, no se desvalorará la acción cometida, sino que la aplicación dependerá de la propia situación subjetiva de la víctima. Si un sujeto realiza propuestas de carácter sexual que objetivamente son valoradas como provocación de una situación hostil, humillante o intimidatoria para la víctima, y la víctima (porque sea de una mayor fortaleza de carácter) no se siente intimidada en su sentimiento de seguridad, la conducta del sujeto activo no se valorará como un delito de amenazas sino como un delito de acoso sexual, ya que una interpretación racional de las normas (si se estima una relación de concurso de leyes entre ambos tipos delictivos) nos inclinaría a ello, ya que de lo contrario (en los casos en los que la víctima sí se sintiera intimidada) se penalizarían con una pena menor las amenazas en un contexto sexual (si son valoradas por principio de especialidad como acoso sexual) que las mis-

mas conductas en otro contexto, a pesar de que poseyeran la misma fuerza intimidante.

Por ello, a nuestro juicio deben sopesarse adecuadamente los problemas expuestos antes que proceder a una tipificación improvisada de otro tipo de acoso laboral como es el acoso moral o psicológico. De derivarse su ubicación y redacción conforme a lo mantenido en la iniciativa legislativa del año 2001, nos encontraríamos con muchas de las dificultades anteriormente indicadas. En primer lugar su ubicación sistemática como delito contra los derechos de los trabajadores en el art. 314 bis, chocaría frontalmente con las posturas que sostienen que este comportamiento delictivo afecta al respeto a la integridad moral que le corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo y no por su condición de trabajador, independientemente de que las conductas se produzcan en un contexto laboral, que sería otra parcela del libre desarrollo de la personalidad del individuo. En segundo lugar, el hecho de que se sitúe como un art. 314 bis, no haría más que favorecer la confusión entre los conceptos de discriminación y acoso en sentido estricto, al hallarse recogido el propio delito de discriminación laboral en el art. 314 CP, y finalmente, para que se procediera penalmente por este delito, en consonancia con lo establecido para algunos delitos contra los derechos de los trabajadores, sería necesario que se hubiese producido un previo requerimiento o sanción por parte de las autoridades administrativas, con las consiguientes lagunas de impunidad (si no se reconducen las conductas a otros tipos delictivos), en los casos en los que no haya intervenido dichos organismos, cuando la realidad nos pone de manifiesto que tales formas de acoso se realizan de una manera más sutil, bajo aparentes razones formales, y con el asentimiento de testigos que permanecen impasibles ante la persecución de otro trabajador.

Además, reiteradamente se establecerían problemas concursales entre el nuevo tipo delictivo y el delito contra la integridad moral del art. 173.1 o 175 del Código penal, que son los que están siendo aplicados por la reciente jurisprudencia que se ha enfrentado a este tipo de comportamientos, siguiendo los últimos estudios doctrinales. Debemos tener en cuenta que de mediar una tipificación expresa del acoso moral, el principio de especialidad nos inclinaría hacia su aplicación, siempre que se produjeran los elementos anteriormente destacados, cuando de nuevo el principio de alternatividad nos indicaría lo contrario, al contemplarse mayor pena en el art. 173.1 o 175 del Código penal.

Al mismo tiempo podría incluso darse el absurdo de que un acoso moral en el que no hubiera mediado sanción administrativa recibiera una pena de seis meses a dos años

120 El mismo problema interpretativo se derivaría de las situaciones en las que el acoso sexual se realiza prevaleciendo el sujeto de relaciones de superioridad laboral, jerárquica o docente, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pudiera tener en este contexto, según recoge el art. 184.2 CP, y los delitos de amenazas.

si llegara a calificarse como un delito contra la integridad moral, y en cambio, la misma conducta de sólo mediar en principio sanción administrativa, al reiterarse, se penalizará solamente con una pena de prisión de tres a cinco meses como delito contra los derechos de los trabajadores¹²¹.

El acoso escolar suscita todavía mayores obstáculos, al desarrollarse en un entorno tan conflictivo como la responsabilidad penal del menor. Las conductas acosadoras se suelen producir en delicadas etapas de desarrollo emocional como son la preadolescencia o la adolescencia, en la que se ven involucrados tanto los menores hostigadores como la víctima. Las consecuencias de la aplicación del Derecho penal a estos comportamientos, deben satisfacer no solamente las exigencias punitivas conforme a la gravedad del comportamiento, sino realizarse dentro de los principios que inspiran la especial responsabilidad penal del menor, examinándose las repercusiones que las medidas van a implicar en los menores acosadores.

Dada la especial franja de edad en la que se suelen producir estos comportamientos, el intérprete penal tiene que ser consciente de los problemas a los que se enfrenta, debiendo equilibrar la necesidad de sancionar penalmente tan graves conductas con los obstáculos que surgen tanto en la imputación subjetiva de los delitos (en los que el ánimo de los maltratadores sólo se refiere a conductas vejantes, humillantes, de maltrato físico o psíquico, pero sin llegar a plantearse como resultado viable el suicidio de la víctima), como en la naturaleza de las medidas a imponer, dada la especial situación en la que se puedan encontrar los responsables (con posible carencia de antecedentes penales¹²² y presentando un desarrollo en entornos familiares y educativos normales) debiendo a veces el Estado *a posteriori*, con la aplicación de las diferentes medidas previstas en el art. 7 LORPM resolver carencias educativas tan graves, como las que conllevan la producción de esta serie de conductas.

Finalmente también debe reflexionarse sobre la producción de lesiones psíquicas como consecuencia de los actos acosadores, manteniendo que éstas deben penalizarse separadamente de las conductas de acoso cuando se demuestre suficientemente que se ha producido un daño a la salud mental que objetivamente requiere de tratamiento médico. Esta valoración objetiva del daño como lesión se debe producir con independencia de que la persona acuda voluntariamente al médico o se ponga en tratamiento o siga terapia, teniendo en cuenta si desde un punto de vista objetivo y acreditado, la lesión psíquica exigía para su curación necesariamente un tratamiento, se haya o no se haya seguido, éste. Por ello, nos parecen alentadoras aquellas decisiones judiciales que mantienen en un ámbito tan delicado como el acoso escolar la estimación de lesiones psíquicas derivadas de conductas de acoso, cuando se pro-

duce con motivo de las mismas un grave desequilibrio emocional en la víctima que requeriría del correspondiente tratamiento médico.

En definitiva, podemos concluir que aunque el acoso tanto en el medio laboral, como en el entorno escolar, implican graves actuaciones que conllevan serios ataques a bienes jurídicos tan esenciales como la libertad, la libertad sexual, la integridad moral o la salud, antes de procederse a tipificaciones irreflexivas motivadas por una instrumentalización política del arma penal que conlleven absurdos privilegios punitivos (burlando entonces la finalidad pretendidamente deseada con su creación), es preferible una correcta interpretación de los tipos penales existentes, valorando la gravedad de conducta realizada en sus justos términos y reclamando una voluntad de aplicación por parte de la jurisprudencia. Además nunca debe olvidarse que el Derecho penal es una *ultima ratio*, a la que el legislador debe acudir no como primera instancia, sino como última, valorando que pueden existir formas más efectivas de prevenir tales conductas al aportarse correctas y completas medidas informativas y educativas, que revelen la gravedad de tales comportamientos y la necesidad de denunciarlos cuando éstos se produzcan.

IV. Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, “Los nuevos delitos de acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 8 de marzo de 2001.
- CANCIO MELIÁ, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 5 de diciembre de 1996.
- CARMONA SALGADO, “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo, mobbing”, en *Estudios Penales en Homenaje a Ruiz Antón*, Valencia, 2004.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal Comentado*, Tomo II, Barcelona, 2004.
- CORDOBA RODA, GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 2004.
- DÉ LA CUESTA AGUADO, “Derecho penal y acoso en el ámbito laboral”, en *Violencia y Género en el trabajo, respuestas jurídicas a problemas sociales*, Sevilla, 2004.
- DE TOLEDO Y UBIETO, “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995”, en *Actualidad Penal*, núm. 31, agosto-septiembre de 1996.
- DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y contra la integridad moral”, en *Estudios de Política Criminal*, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981.

¹²¹ Penalidad transcrita al comparar las penas propuestas en el art. 314 bis del proyecto de 2001, con las modificaciones sufridas por el art. 184 CP por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

¹²² *Vid.* art. 48 LORPM, Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinados abusos en el ejercicio de la función pública (Proyecto de 1980)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Fascículos II y III, mayo-diciembre, 1981.

GARCÍA RIVAS, “Algunos aspectos de la legislación penal del menor”, en *Revista Penal*, núm. 16, julio, 2005.

GÓMEZ RIVERO, “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 482, 19 de abril de 2001.

LAMARCA PÉREZ, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996.

LARRAURI, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, en *Los delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.

LÓPEZ GARRIDO, GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

LOUSADA AROCHENA, “El acoso sexual en la doctrina judicial laboral”, ponencia presentada en el Seminario Acoso Sexual Laboral realizado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Universidad de Sevilla, del 15 al 17 de abril de 1999.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, “El acoso en el trabajo”, en *La Toga*, Sevilla, Septiembre-Octubre, 2004.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, “La minoría de edad penal”, en *Estudios de Política Criminal*, Madrid, núm. 20, 1983.

MIR PUIG, “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

MONZÓN RISTORI, “El acoso sexual y la piratería”, en *La Toga*, Sevilla, marzo, 1997.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 2001.

* *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 2004.

* “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la ‘tolerancia cero’ al Derecho pe-

nal del enemigo”, en *Revista General de Derecho penal*, www.iustel.es, núm. 3, mayo, 2005.

* “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, La Ley, núm. 16, julio, 2005.

MUÑOZ CONDE, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.

NAREDO MOLERO, “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra la mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos”, en VV.AA., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Li-dón, núm. 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

NICOLSON, Paula, *Poder, género y organizaciones*, Madrid, 1997.

NÚÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar, aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002.

OLAIZOLA NOGALES, “El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral”, en *Derecho penal de la empresa*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2002.

PÉREZ CONCHILLO, BORRÁS, OCHOA, *Sexo a la fuerza*, Madrid, 1996.

PÉREZ MACHÍO, “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídica penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3 de agosto de 2004, visitada en fecha 10 de octubre de 2005.

PIÑUEL Y ZABALA, *Mobbing, Cómo sobrevivir el acoso psicológico en el trabajo*, Madrid, 2001.

QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS (Dirección y coordinación respectivamente), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid, 2004.

RIVACOBBA y RIVACOBBA, “Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código penal de España”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 1995.

VEGA RUIZ, *El delito de acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991.

VELÁZQUEZ BARÓN, *Delito de acoso sexual*, Barcelona, 2004.