

## *EL DELITO DE ACOSO SEXUAL TRAS LA REFORMA PENAL DE 2001*

La ley 38 de 2001, introduce en la legislación penal panameña el delito de Acoso sexual, cuyo contenido dice lo siguiente:

Artículo 220 A “Quien por motivaciones sexuales y abusando de su posición, hostigue a un apersona de uno u otro sexo, será sancionado con pena de prisión de 1 a 3 años”.

El delito de Acoso sexual, sin antecedentes en la legislación penal panameña, es por tanto, una figura innovadora, que responde a la necesidad de castigar represivamente actos que atentan contra la Libertad y el Pudor Sexual de un número indeterminado de sujetos en la sociedad, los cuales han merecido una atención respecto a las consecuencias negativas en el ámbito laboral.

A nivel del derecho comparado, este delito es de fecha reciente, y su incorporación no ha estado exenta de polémicas, a la vez que su creación inspirada en proteger la libertad e indemnidad sexual, como es el caso de la legislación española, y en otros, la libertad sexual, ha respondido a una enorme presión ejercida por algunos grupos sociales. (Carmona Salgado, p.330), de cierta índole sentimental y emotiva que racional.

En efecto, MUÑOZ CONDE (p.190) afirma que su incorporación en el Código Penal Español de 1995, fue consecuencia de la presión de grupos sociales, principalmente femeninos, que consideran que este tipo de conductas se dan con frecuencia y dificultan y afectan a la libertad sexual de las mujeres que suelen ser las principales víctimas de este tipo de actos. Esta reivindicación, sin duda, fundada, debe ser considerada en Derecho Penal desde puntos de vistas diferentes de los que se tienen en cuenta en otras ramas del Derecho, principalmente el laboral, para adoptar determinadas consecuencias de carácter no penal como el despido, el traslado forzoso, etc. y sancionar conductas de este tipo.

Por su parte, CANCIO MEJIA (en **Comentarios al Código Penal** de Rodríguez Mourullo y Jorge Barreiro, Civitas, 1997, p. 537) reitera las consideraciones emotivas o

pasionales que llevaron a la creación de esta norma en el derecho penal español, nueva figura de difícil aplicación, en la que debe reflexionarse sobre el principio de intervención mínima, pues no es a través de la legislación en material criminal como se alcanzan fines de educación social”.

Sostiene Calderón/ Choclán (p.675) que “la figura del Acoso sexual, contemplada conjuntamente con otros delitos de índole sexual, como son la Violación, el Abuso Deshonesto, el Estupro, la Corrupción, entre otros, constituye una “novedosa y perturbadora figura” que tipifica una modalidad específica de amenazas condicionales, que en todo caso, pudiera encontrar adecuado encaje, a través de los tipos de abusos sexuales cometidos en grado imperfecto de tentativa.

Por su parte, Queralt (p.512) manifiesta que se trata de una figura de nuevo cuño, sin parentesco con otras anteriores y que responde a una creciente demanda social, desde el momento en que el sexo se convierte –o es susceptible de convertirse– en un instrumento de dominio y opresión de modo generalizado.

Finalmente, coinciden otros que, en que el delito ofrece “una dificultad de prueba considerable, por lo que cumple mas una función social de represión específica de estas conductas que una efectiva punición penal” (Velásquez-Barón, p.13).

#### *A. Bien Jurídico Protegido*

El delito de acoso sexual, en el derecho comparado se ubica actualmente como un Delito contra el Pudor y la Libertad Sexual, aunque tradicionalmente se denominaba, como Delito contra la Honestidad, en algunas legislaciones.

El bien jurídico protegido en nuestro país es la libertad sexual del sujeto pasivo, que se ve afectada por el acto de “hostigar”, es decir por la insistente solicitud de favores sexuales, abusando de su posición.

Por su parte, CARMONA SALGADO, manifiesta que este delito “supone un atentado a la libertad sexual de la víctima que se concreta con el “constreñimiento de que es objeto por parte del agente dirigido a determinarla para que tome una particular decisión respecto a sus pretensiones sexuales, pudiendo pues aquella “elegir” entre

satisfacer por tal de no verse perjudicada en sus "legítimas expectativas laborales docentes, etc. O negarse a ellas pese a tener entonces que soportar el anunciado perjuicio que sufrirá ante semejante negativa".

De igual forma, VELÁSQUEZ BARON (**Delito de acoso sexual**, Bosch, Barcelona, 2000, p.10), sostiene que es la "libertad sexual en sentido estricto el bien jurídico objeto de protección penal, ya que son las personas quienes ven afectada la formación de su voluntad de forma libre y espontánea desde el momento en que el sujeto activo profiere, o realiza aquellas conductas tipificadas o definidas como acoso sexual(...)".

Por otro lado, se ha discutido doctrinalmente y se ha planteado la tesis de que no existe un bien jurídico común en los delitos contra la libertad sexual (C.P. E./1995) (Muñoz Conde, p.180), de ahí que concurren otros como por ejemplo, la "indemnidad" e intangibilidad Sexual, o moral Sexual", tesis que ha llevado a que el Código Penal Español en su reforma penal de 1999, los ubique como "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", entendiendo por este último término, como "propiedad, estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio". En realidad lo que se plasma, es una protección frente al riesgo de sufrir daño como consecuencia de atentados de tipo sexual (Serrano Gómez, p.193).

En opinión de SERRANO GOMEZ, la libertad sexual es el bien jurídico protegido, mientras que por su parte ORTS BERENQUER (p. 952) específicamente se refiere a que el bien jurídico "será la libertad de obrar en el ámbito sexual, resultando afectada en concreto la fase de formación de la voluntad, de la toma de decisión, opinión también compartida por MATA LLIN EVANGELIO (p. 30), en cuanto que se lesiona la misma, aunque el bien jurídico descansa para este último, en la "integridad moral" .

Para otros, el bien jurídico afectado en el acoso sexual, es la "dignidad humana" (J.J. Begué Lezaún, **Delitos contra la Libertad e indemnidad sexuales**. Bosch, Casa Editorial, Barcelona,1999, p. 144), y sobre esto último valga mencionar, que de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión Europea de 1991, se determina la necesidad de incorporar esta clase de comportamientos en las legislaciones que son contrarias a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, con sus superiores y compañeros, porque implican actos indeseables, irrazonables u ofensivos, que a la vez crean un

entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma" (Angela Matallín Evangelio, **El Nuevo delito de acoso sexual**, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p.22-23).

## *B. Tipo Objetivo del Delito de Acoso Sexual*

### 1. Los sujetos

Sujeto activo y pasivo puede ser cualquiera (Serrano Gómez, p.210), y a igual conclusión han llegado otros autores en cuanto a que la modalidad delictiva no hace restricción típica alguna en lo que al sexo de los sujetos activo y pasivo se refiere (Begué Lezaún, p.149).

Con la expresión "Quien", el legislador alude a que cualquiera persona tanto hombre como mujer, por motivaciones sexuales y abusando de su posición hostigue a otra de uno u otro sexo.

Con toda razón, "será válido a efectos del citado precepto cualquier clase de relación que entre ambos pueda presentarse, sea ésta de índole heterosexual u homosexual" (Carmona Salgado, p.331).

"Los sujetos activo y pasivo son indiferenciados, cualquiera lo es. De ahí que, lo mismo un hombre que una mujer pueden ser autores y lo mismo un hombre que una mujer pueden ser sujetos pasivos, sin que haga falta que perezcan a distinto o a igual sexo" (Orts Berenguer, p.952).

Es condición indispensable, sin embargo, que, "el sujeto que solicita los favores sexuales ha de actuar prevaleciendo de una situación de superioridad de la que es consciente y se aprovecha" (Serrano Gómez, p.210), pues al ser un caso sexual de subordinación, precisa que el sujeto activo sea superior jerárquico (Begué Lezaún, p.149).

En este sentido, se trata de un sujeto activo que desde esa perspectiva abusa de su condición de superior sobre la víctima, es decir, de una posición de poder sobre la víctima (Hipólito Gill, *Delitos contra el pudor y la libertad sexual*, Panamá, 2002, p28)

Como consecuencia de lo anterior, nada impide que se tanto un ciudadano particular o un servidor público que ostenta una jerarquía, lo cual se haría extensivo, por ejemplo, a los sujetos que trabajan en instituciones o centros penitenciarios.

No obstante, lo antes expuesto coincidimos en que se trata de un delito especial propio cuyo sujeto activo debe ajustarse a un perfil predeterminado por la Ley, la exigencia de una determinada condición en el sujeto, de estar inmerso en una relación laboral, docente o de prestación de servicios, etc. que lo coloque en cierta posición de superioridad o jerarquía frente al sujeto pasivo (Matallín Evangelio, p.35, Lamarca Pérez, p.145).

Lamentablemente, el código solo alude al acoso sexual de prevalimiento (o situación de superioridad) en cualquier clase de relación laboral, docente, etc. y excluye, el acoso sexual que pudiera darse entre compañeros de trabajo, en nivel de puestos similares o distintos.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, no se contemplan supuestos agravados por razón de la edad, enfermedad u otra situación.

## 2. La conducta típica

La acción consiste en “hostigar” a una persona de uno u otro sexo, por motivaciones sexuales y abusando de su posición, y el concepto “hostigar es sinónimo de “perseguir, molestar, o acosar”.

El acoso sexual, señala la doctrina que puede ser de dos tipos: el acoso sexual denominado de intercambio (de quid pro quo) o chantaje sexual, en la que el sujeto activo conecta de forma condicionante una decisión suya en el ámbito laboral – la contratación, la determinación de las condiciones de trabajo en sentido amplio, la terminación propio contrato- a la respuesta que el sujeto pasivo dé en el ámbito sexual”, y el acoso ambiental o “environmental harassment”, en la cual se persigue interferir injustificadamente en el rendimiento labor de la persona o crear un ambiente trabajo ofensivo, hostil o intimidatorio, sin que exista ninguna conexión directa entre requerimiento sexual y condición de empleo. En este último caso, lo definitorio es el

desarrollo de un comportamiento de naturaleza sexual de cualquier tipo que tiene como consecuencia producir un contexto laboral negativo – intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador, en el que no puede desarrollar su prestación en un ambiente mínimamente adecuado”. Estamos ante un ambiente sexualmente ofensivo, sin condicionamientos dependiente de la respuesta positiva un previo requerimiento sexual, razón por la cual sujeto activo, de esta modalidad de acoso sexual, puede ser cualquiera, empresario, directivo, los propios compañeros de trabajo o incluso terceros relacionados de cualquier modo con la empresa (Matallín Evangelio, p.26).

Ahora bien, nuestra legislación, sin embargo, no hace distinción por lo que consideramos que son admisibles ambos tipos de acoso sexual, aunque deba quedar claro que siempre se efectuara en base a una relación de prevalimiento.

Como primer elemento de la acción se destaca, una situación insistente y constante de perseguir molestar o acosar a otra persona, por motivos sexuales, elemento que a juicio de la doctrina (Orts Berenguer, p.952- 953), “tiene lugar cuando el culpable, habiendo concebido deseos sexuales hacia la persona del *sujeto* pasivo -o para complacer los de un tercero,-, demanda a aquél que venga a satisfacerlos. Ha de haber en consecuencia, una petición de uno al otro”.

En igual sentido, han señalado otros (Begué Lezaún, p.144) que el tipo objetivo de este delito, precisa cierta persistencia en las solicitudes de índole sexual y que las mismas sean causalmente aptas para la efectiva creación para el *sujeto* pasivo, como resultado típico, de un clímax gravemente intimidatorio, hostil o humillante, esto es, lesivo de sus derechos fundamentales a la dignidad e integridad moral”.

En lo que respecta a la expresión "por motivos o motivaciones sexuales, se ha entendido, que es un concepto amplio cuyo contenido alude a cualquier clase de peticiones de naturaleza sexual, con lo que se desprende que "aquellas solicitudes que demanden simplemente afecto u otras aproximaciones no estrictamente sexuales(por ejemplo, solicitud de matrimonio) deberán quedar excluidas del ámbito típico (Cancio Meliá, p.538)

En el caso de otras legislaciones, se emplea la expresión "favores sexuales", como es el caso del Código Penal Español, que al igual que el nuestro exige que se haya

hecho una solicitud o petición al *sujeto* pasivo, petición que puede ser verbal, mediante gestos o por escrito (Orts Berenguer, ps. 952-953). En este sentido, se ha indicado que se trata de un tipo abierto, que puede incluir desde el beso hasta las relaciones sexuales (Serrano Gómez, p.209), pretensión que ha sido criticada dado que se pudieran castigar hechos insignificantes (Landecho Velasco/ Molina Blázquez, p.124).

Con toda razón, se sostiene que el contenido de la expresión "favores sexuales" o por motivos sexuales hace mención específica a la realización de actos de contacto carnal (Velásquez Barón, p.11), por lo que constituye una motivación de utilizar el poder para conseguir sexo, en cualquier ámbito de las relaciones laborales, docentes o de prestación de servicio, dado que la norma no establece expresamente el mismo. Ahora bien, cabe señalar, que el hostigamiento por motivaciones sexuales tiene fines personales en nuestra legislación, y es posible, que se utilice un intermediario que actúe por error o con ignorancia de las características de la solicitud, lo cual lo colocaría en un autor mediato. En conclusión, la conducta exige que se hostigue al sujeto pasivo y al hacerlo persiga "motivaciones sexuales", por lo que solo consiste en hostigar y pedir, pero no en obtenerlos, puesto que si se pasa de ello nos encontramos ante el régimen de concursos (Carmen Lamarca Pérez, Manual de Derecho penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2000, p.145)

En segundo lugar, el acoso sexual exige que la actuación del sujeto activo, se realice "abusando de su posición", lo que implica una posición de superioridad, preexistente, de preeminencia, jerárquica o fáctica del sujeto activo, que puede darse en cualquier ámbito de las relaciones laborales, docentes, etc. (Matallin Evangelio, p.55).

En consecuencia, debe existir "entre ofensor y ofendido una relación laboral docente o análoga", que otorgue al primero una superioridad cierta sobre el segundo, no un mero ascendiente: superioridad que ha de comportar la punibilidad de malograr las legítimas expectativas de la víctima (el patrono o el jefe de personal respecto del empleado, el profesor respecto del alumno, pero el funcionario respecto del particular que tiene una pretensión pendiente de la resolución de aquel (Orts Berenguer, p.953).

Y es precisamente, esta situación de superioridad, de preeminencia sobre otro (Orts Berenguer, p.952) la determinante del delito, susceptible de generar una

interferencia en el ánimo de la víctima, condición que la hace valer para conseguir sus propósitos, y por ende, supone un aprovechamiento conciente de la ventaja que disfruta.

Esta situación de superioridad rige en el ámbito de cualquiera relación laboral o de otra naturaleza, y se descarta la relación familiar (Queralt, p.153), y debe quedar claro, que no es suficiente para este delito la relación de prevalimiento, sino que la misma se acompañe de un aprovechamiento conciente que facilite la comisión del delito (Matallín Evangelio, p.55).

En ese orden de ideas el delito se perfecciona con la simple manifestación de demanda sexual sin que sea necesario que exista un efectivo contacto sexual" (Velásquez Barón, p.10). La consumación se presenta en el momento en que la víctima se siente humillada, denigrada, y en general afectada su dignidad humana por dichas pretensiones sexuales, aunque no sea necesario que el legislador expresamente los determine, como sucede, en otras que exigen que se produzca en la víctima "una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante". Por otro lado, tampoco exige expresamente el legislador "el anuncio de un mal, para la víctima, hecho que para algunos se trata de un requisito implícito en todo acto de hostigamiento sexual, mientras que para otros, es necesario que el legislador determine el mal y los perjuicios que le ocasionará a la víctima su negación o rechazo.

Y finalmente, como tercer elemento implícito en este delito se debate acerca de si se requiere cierta persistencia en la solicitud o si basta un solo acto, siendo algunos partidarios de la última tesis, toda vez que el precepto en el caso de la legislación española, no hace referencia a una actitud repetitiva o persistente (Matallín Evangelio, p.42), aunque el concepto de acoso sexual, implique por lo común una actitud persistente.

En sentido contrario, sostienen otros que "aún no encontrándose entre los elementos integrantes del tipo objetivo descriptivo, "la insistente solicitud de favores sexuales", parece acertado incluirla siguiendo el principio de intervención mínima y los criterios sistemáticos e histórico, último inferido a los trabajos y debates parlamentarios (Begué Lezaú, p.144. véase además Velásquez Barón, p.11).



### *C. Tipo Subjetivo*

El delito de acoso sexual se realiza de manera dolosa, y es evidente, que el sujeto no lleva a cabo un comportamiento imprudente dado su falta de previsión específica (Orts Berenguer, p.954 –955). El dolo directo del agente se exige sobre la naturaleza o significación sexual de esa motivación sexual.

En lo que respecta al error de tipo, resulta difícil de imaginar, (Matallín Evangelio, p.69), mientras que otros consideran posible el prohibición abstracto, dado el desconocimientos de la solicitud, vgr. Insinuaciones sexuales obscenas, por lo que deberá de se examinado en cada caso para evitar, el auge de tan lamentables comportamientos, y en otro de la creación de un instrumento coactivo dejado a merced de dudosas intenciones, ya que, no podemos olvidar, que estamos hablando de conductas que, con gran frecuencia, acaecen en privado, y por lo mismo, la mayor parte de la prueba tendrá su base en las declaraciones de víctima e imputado (Begué Lezáun, p.244- 245, Matallín Evangelio, p.69).

### *D. Formas de Aparición Delictiva*

La consumación del delito de acoso sexual, coincide con el momento en que se formula la solicitud por motivaciones sexuales, sin que sea necesario que la práctica sexual se realice o que se anuncie o se advierta de un mal que se le puede ocasionar a la víctima (Orts Berenguer, p.954- 955).

Se trata en consecuencia, de un delito de mera actividad, que no requiere efectivamente la producción de un resultado (una lesión), a diferencia de otros países en donde se considera perfecto el delito de acoso sexual, cuando se produzca una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima (Begué Lezaún, p. 150, Lamarca Pérez, p.146, Matallín Evangelio, p.69).

La autoría y participación criminal se rige por las reglas generales. La autoría mediata resulta posible siempre que se realice aprovechando un error del instrumento

así como la inducción y complicidad, y si los favores sexuales se solicitan por un tercero con su anuencia éste deberá ser calificado como coautor (Lamarca Pérez, p.147).

De igual forma, han indicado otros que "cabe la participación de personas ajenas al autor en condición de cómplice o cooperador necesario, sin que quepa hacer ninguna mención especial al respecto" (Velásquez-Barón, p. 9).

### *E. Consecuencias Jurídicas*

El delito de acoso sexual se sanciona con la pena de prisión de 1 a 3 años, y cabe destacar, que en otras legislaciones se prevé la pena de arresto de fines de semana, y en cuanto al concurso de delitos es posible, en relación con otras figuras delictivas.

Resulta interesante, destacar, que el legislador nuestro contempla la figura genérica de acoso sexual, y que ha dejado por fuera el acoso sexual horizontal o entre iguales, así como otras modalidades de acoso sexual que pueden constituir agravaciones específicas de este hecho, como por ejemplo, cuando el acoso conlleve también el anuncio de un mal a la víctima relacionado con sus legítimas expectativas, o cuando el sujeto pasivo sea vulnerable, por razón de edad, enfermedad u otra situación.

### NOTAS

Esther Sánchez/ Elena Larrauri, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000. Hipólito Gill, *Delitos contra el Pudor y Libertad Sexual*, Panamá, 2002 J. J. Begué Lezaún, *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1999, Angela Matallín Evangelio, *El nuevo delito de acoso sexual*, Ediciones Revistya General de Derecho, Valencia, 2000, Angel Velásquez-Barón, *Delito de Acoso sexual*, Bosch, , Barcelona, 2000

J-J- Queralt, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, J. M. Bosch, editor, Barcelona, 1996.