



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**

**“ACOSO SEXUAL EN CHILE: SOBRE LA
NECESIDAD DE LEGISLAR EN MATERIA PENAL”.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**Autora:
Qhânnie Dintrans Perez**

**Profesor guía:
Eduardo Sepúlveda Crerar.**

**Santiago, Chile
2009.**

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto abordar el fenómeno denominado “acoso sexual”, el cual, no obstante su reciente aparición en el ámbito legislativo de nuestro país, y ello en lo concerniente a las relaciones laborales, revela de manera evidente no su incipiente aparición, sino más bien, la ausencia del análisis jurídico penal en torno a dicho fenómeno y, por ende, su necesaria discusión. Asimismo, no obstante los esfuerzos legislativos desplegados en nuestra nación, se constata que fenómenos como el “acoso sexual” no pueden ser tratados desde una sola perspectiva del saber y del quehacer, siendo necesario utilizar la multiplicidad de disciplinas existentes, de manera tal, que el esfuerzo mancomunado de los partícipes de la sociedad toda -y por supuesto de los actores insertos en la actividad jurídica-, unido al propósito claro de superar sus propias debilidades y aprender de sus propios errores, permita que el diario vivir de las futuras generaciones se despliegue sobre la base de una mejor calidad de vida, respetuosa de las diferencias y semejanzas entre hombres y mujeres, y de esta manera, lograr al final del camino, la apertura de espacios de encuentro entre seres humanos que, en igualdad de condiciones y bajo los principios democráticos que rigen a la Nación, desarrollen de manera plena, espiritual y materialmente, todas las potencialidades ínsitas en su humanidad, libre y responsablemente, dejando de lado toda discriminación negativa, que obstaculice el propósito de un pueblo que se acerca a su Bicentenario en Democracia y Dignidad.

1.- OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

Así como se ha referido precedentemente, sabido es que el fenómeno del acoso sexual ha sido abordado en nuestro país, sólo desde una perspectiva laboral, quedando por ende, abierta la pregunta acerca de si es necesario o no, legislar jurídico penalmente sobre el mismo. Para intentar responder tal pregunta, se procederá a abordar dicha temática, realizando una síntesis jurídico doctrinaria de los principales elementos a tener en cuenta a la hora de proponer o no un proyecto legislativo, haciendo un recuento histórico y un análisis tanto de la figura del acoso, como de aquellos tipos penales que se asemejan a la figura en estudio. De esta manera, ante la disyuntiva enunciada, es decir, legislar o no jurídico penalmente sobre el acoso sexual, quizá pueda vislumbrarse una, por así decirlo “tercera vía”, menos onerosa en términos de trabajo legislativo, y a la vez, más eficiente en términos de utilizar los resultados de la extensa labor que en dicha área ya se ha desarrollado por la Legislación y la Doctrina nacionales, introduciendo, por supuesto, en la medida de lo indispensable, aquellas modificaciones pertinentes y necesarias, para así, lograr que las normas creadas en el pasado, sigan sirviendo a las necesidades sociales y jurídicas del presente.

Cabe destacar que el fenómeno del acoso sexual es un tema que cobra fuerza no tan solo por el carácter particular que presenta como ilícito, sino y más bien, por cuanto atenta contra los elementos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En este sentido, distintos organismos defensores de los Derechos Humanos han reconocido la gravedad y trascendencia de la violencia hacia las mujeres en todo el mundo.

Organizaciones Mundiales como la ONU, la OMS y la UNESCO han denunciado los graves efectos que la violencia de género, tiene para la población femenina del mundo y han elaborado propuestas de actuación para promover cambios sociales y legislativos, lo que ha favorecido abordar un problema hasta ahora silenciado o ignorado. Las distintas conferencias mundiales de Naciones Unidas sobre las mujeres recogen el fenómeno de la violencia contra éstas, como un área específica de actuación. Por su parte, la IV Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Pekín en 1995 ratificó que “la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. La Plataforma de Acción de Pekín, además de establecer, como uno de sus objetivos estratégicos, la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres, procedió a su definición como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual o psicológica, que incluye las violaciones, los abusos sexuales, el acoso y la intimidación sexual en el trabajo ... y en otros ámbitos”.

De esta manera entonces, es posible vislumbrar en un futuro –no muy lejano- un tratamiento internacional acerca de este fenómeno, aún más agresivo en su erradicación o tratamiento, por cuanto, como se podrá concluir a lo largo de estas páginas, el hecho del acoso sexual es un fenómeno que atenta contra aquellos principios inalienables que, tanto hombres como mujeres, han debido aprender a reconocer y respetar a lo largo de la historia.

2.- ACERCA DEL ACOSO SEXUAL.

2.1.- UN ESBOZO HISTORICO

La legislación sobre “acoso sexual”, en su sentido moderno, aparece por primera vez en los Estados Unidos de Norteamérica, en la segunda mitad de la década de 1970. Esa misma postura será adoptada posteriormente, a partir de 1980, por diversos países del mundo industrializado que, como se verá más adelante, sancionaron el denominado acoso sexual. Cuando se observa en panorámica acerca de los motivos que habrían permitido el surgimiento, a nivel mundial, del análisis sobre el acoso sexual y la consecuente adopción de medidas tendientes a remediar los efectos perniciosos de dicho fenómeno, reconocido como un problema a tratar, tres habrían sido los factores que sustentaron y convocaron al orbe occidental a actuar decididamente, con la finalidad de proporcionar una legislación adecuada y eficaz ante tal problema. Estos factores fueron el progreso del movimiento feminista, el aumento del número de trabajadoras en el ámbito del trabajo y por último, la jurisprudencia de los tribunales federales norteamericanos, postura esta última que a fines del decenio de 1970, concluía que el acoso sexual era un tipo específico de comportamiento prohibido por la ley.

Como se ha dicho, el problema del acoso sexual fue planteado y desarrollado pioneramente, en términos legales, por los Estados Unidos de Norteamérica. En dicha nación el asunto fue abordado, tanto a nivel estatal como federal, desde una perspectiva laboral, entendiéndose que el acoso sexual constituía una discriminación en razón del

sexo, lo cual permitió al trabajador o trabajadora accionar, tanto por vía estatal como por sede federal. “En sus orígenes jurisprudenciales, el acoso sexual es entendido ante todo como una práctica laboral discriminatoria. La sentencia crucial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en esta materia (Meritor Savings Bank F.S.B.v. Vinson) considera al acoso sexual como una conducta que crea un ambiente laboral hostil o abusivo y que en tal virtud representa una barrera arbitraria a la igualdad laboral exactamente en la misma medida en que el hostigamiento racial impide la igualdad racial. En este contexto, la indefinición de la conducta constitutiva de acoso sexual se encuentra directamente relacionada con la justificación jurídica de la pretensión: el acogimiento de la demanda se basa en el hecho que el acoso es efectuado contra una mujer, en razón de su condición de tal, y que por ese hecho constituye una práctica discriminatoria”.¹

Merece destacarse a este respecto, el aporte realizado por la Comunidad Europea de naciones, por cuanto ésta asamblea adoptó medidas tendientes a regular la materia relativa al acoso sexual, las cuales fueron expresadas por medio de “resoluciones” y “directivas”, que tenían por finalidad remecer la conciencia de los estados miembros, en búsqueda de su reconocimiento. En los estudios encargados por la Comunidad Europea se logró concluir que aproximadamente dos de cada tres mujeres, y uno de cada diez hombres, habían experimentado alguna clase de acoso sexual o

¹ Bascañán Rodríguez Antonio, “Acoso sexual y Derecho Penal” en Revista de Derecho y Humanidades, año 1997, N°5, pág., 7-20.

comportamiento sexual indeseado². Lo planteado en las conclusiones a que arribó la investigación europea dice relación con observar y tratar el problema del acoso como una cuestión de poder, considerando que se trata de una conducta prohibida por razón de la discriminación sexual que produce³. Se pudo además constatar que las acciones desplegadas en este tipo de conductas se caracterizarían por ser principalmente agresiones verbales, por ejemplo, por medio del uso de bromas de connotación sexual o dichos relativos al cuerpo, al vestuario o derechamente lo referido a la conducta sexual. Asimismo, se correspondería con este tipo de conductas la realización de contactos físicos no deseados o no solicitados, pudiendo, de manera extrema, llegar a configurarse un abuso sexual.

Posteriormente, el Consejo de la Comunidad Europea afirmó mediante resolución de fecha 29 de Mayo de 1990 que “la conducta de naturaleza sexual y otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores aprendices”⁴. Así, a partir de dicha resolución se formalizó un llamamiento a los estados miembros para que elaboraran campañas de información y sensibilización, tanto para empresarios como para trabajadores, tomando como ejemplo las prácticas que existían en diversos estados miembros. Por otra parte, el 27 de Noviembre de 1991, se aprobó una recomendación

2 Caruso Fontán, María Viviana, “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad Sexual”, pág., 365, editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, año 2006.

3 Ello en concordancia con lo planteado por la legislación norteamericana.

4 Caruso Fontán, Op. Cit, pág. 365.

de la Comisión, la que además sostuvo que la conducta no deseada de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, pueden ser en determinadas circunstancias, contrarias al principio de igualdad de trato. Finalmente, debido a la dificultad de definir el término “acoso sexual”, la recomendación se inclinó por la caracterización que expresa que se trata de toda “conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad del hombre y la mujer en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados”⁵.

Actualmente, distintos organismos defensores de los Derechos Humanos han reconocido la gravedad y trascendencia de la violencia hacia las mujeres en todo el mundo. La ONU, la OMS y la UNESCO han denunciado los graves efectos que la violencia de género, tiene para la población femenina del mundo y han elaborando propuestas de actuación para promover cambios sociales y legislativos, lo que ha favorecido abordar un problema hasta ahora silenciado o ignorado. Las distintas conferencias mundiales de Naciones Unidas sobre las mujeres recogen la violencia contra las mujeres como un área específica de actuación.

5 nota: Nuevas Perspectivas sobre los delitos contra...María Viviana Caruso Fontán pag. 365).

2.2.- UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Acercas del fenómeno en estudio en Latinoamérica, el Centro de la Mujer Peruana⁶ ha señalado que “El acoso sexual es una de las modalidades más comunes, arraigadas y toleradas de la violencia de género. No se conoce con certeza la magnitud del problema debido a la falta de estadísticas, el ocultamiento social, el sentimiento de culpa y temor de las víctimas a denunciar. Este tipo de actos lo sufren todas las personas pero la realidad nos demuestra que este tipo de abuso lo viven principalmente mujeres, niñas y niños. Se ha entendido erróneamente el acoso sexual como una señal de “galantería sexual” y muchas veces es utilizado o justificado como una supuesta respuesta “natural” del varón frente a una “provocación femenina”. Agrega el estudio que generalmente existiría el prejuicio de considerar que en el acoso sexual no existiría vulneración de derechos fundamentales a diferencia de la violencia sexual y/o familiar. Por el contrario, afirma la referida Institución, el acoso sexual constituiría un comportamiento con connotación sexual, no deseado por la persona contra la cual se dirige e incide negativamente en la situación de la persona que lo sufre. Continúa señalando que por medio de este acto se vulnerarían derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y el derecho a la salud. Asimismo, dependiendo de la modalidad y/o lugar en que se desarrollaría el acoso, éste atentaría contra el derecho al trabajo libre, a gozar de un ambiente adecuado y al libre desarrollo de la personalidad, como también al derecho a la educación. Asimismo atentaría contra la libertad sexual y en especial violaría el principio de no discriminación. Estos actos, además,

⁶ Disponible en <http://www.flora.org.pe/acoso%20sexual.htm>.

repercutirían en la eficiencia y en la productividad del trabajo de la persona acosada, ocasionándole trastornos psicológicos (duda, depresión, ansiedad, falta de concentración, baja autoestima), daños físicos (dolores de estómago, y de cabeza, náuseas, disturbios en el sueño), entre muchas otras consecuencias”.

En el Perú no existe el delito de acoso sexual aunque en el Congreso de la República peruana se están discutiendo proyectos de ley al respecto. En dicha nación, se ha utilizado, en el ámbito penal, por parte de las organizaciones defensoras de los derechos de la mujer, la figura de coacción para sancionar el acoso sexual. Sin embargo, pareciera que esta figura no protegería de manera adecuada a quienes han sido víctimas de acoso, ni tampoco sanciona al acosador ya que la pena considerada (pena privativa de libertad no mayor de dos años) es mínima⁷.

Por su parte, la legislación colombiana establece que el empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones solicitare a una persona o a un tercero, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

El tratamiento del acoso sexual en la nación mexicana se encuentra regulado en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (México), en su Libro Segundo, título quinto, denominado “delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual”. Así, luego de referirse en sus primeros dos capítulos a la violación y al abuso sexual, correspondientemente, regula en su capítulo tercero,

7 Disponible en http://www.flora.org.pe/pdfs/Propuestas_al_proyecto_de_reforma_cod_penal.pdf

intitulado “Hostigamiento Sexual”, en su artículo 179, la figura del acoso en los siguientes términos: Artículo 179. “Al que acose sexualmente con la amenaza de causarle a la víctima un mal relacionado respecto a la actividad que los vincule, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión.

Si el hostigador fuese servidor público y se aprovechare de esa circunstancia, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le impondrá destitución por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta”.

Otro ejemplo del tratamiento comparado del delito de acoso sexual se encuentra en el Código Penal Ecuatoriano el que señala: “El que solicitare favores de naturaleza sexual para si o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, 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, será castigado como autor de acoso sexual con pena de prisión de seis meses a dos años”.

Así también, el Código Penal de la República de Nicaragua, en su Libro II, Capítulo VIII, denominado “De la violación y otras agresiones sexuales” señala en su Artículo 197 “Comete delito de seducción ilegítima el que tenga acceso carnal con persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, que estuviere bajo autoridad o dependencia, o en relación de confianza o nexa familiar. Se incluye en este caso a las autoridades públicas, ministros de cualquier culto, empleador, tutor, guardador, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la víctima.

La seducción ilegítima será penada con prisión de dos a cuatro años.

El que somete a una persona a acoso o chantaje con propósitos sexuales, sin consumar el delito de violación o de seducción ilegítima, será penado con uno a dos años de prisión...”.

En este breve recorrido a nivel legislativo latinoamericano puede observarse que el fenómeno del acoso sexual, ha recibido un tratamiento singular de acuerdo con la especial naturaleza de la figura en estudio, pudiendo destacarse lo que ya se ha señalado anteriormente, y que dice relación con los ámbitos en los que podría generarse el conflicto entre víctima y potencial victimario, esto es, en el laboral, docente, público o privado, u otro semejante que implique de alguna manera el contacto entre hombres y mujeres, debiendo producirse, a propósito de una situación de desigualdad de las condiciones, ya sea a causa de una superioridad jerárquica, docente o incluso médica, el correspondiente abuso de la víctima, en términos tales que no se subsuma dicha actuación en una figura distinta, como podría ser la de abuso sexual, estupro o violación.

3.- EL ACOSO SEXUAL EN EL AMBITO LABORAL

El fenómeno del acoso sexual también ha sido abordado por la Organización Internacional del Trabajo OIT⁸, así como por la Comisión para la Igualdad de

⁸ En la Resolución sobre igualdad de Oportunidades y Trato para los Trabajadores y Trabajadoras en el Empleo adoptada por la conferencia Internacional de la OIT en junio de 1985 se señala ciertos elementos que sirven para determinar si una conducta constituye acoso sexual:

a) Poder para ser percibida claramente como una condición de empleo o previa de este.

Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos (EEOC)⁹. Ambos organismos indican elementos para determinar si una conducta constituye o no acoso sexual. De igual modo, el Consejo de la Comunidad Económica Europea (CEE) considera acoso sexual a toda conducta verbal o física de naturaleza sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima.

Ante el fenómeno del acoso sexual en el ámbito laboral, es posible sugerir dos principales situaciones que permitan establecer su regulación jurídica. Por una parte, considerar al acoso sexual como un delito contra la integridad moral y contra la seguridad del trabajador, y por la otra, el acoso sexual como un delito contra la libertad sexual.

3.1.- EL ACOSO SEXUAL COMO UN DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL Y CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRABAJADOR.

Para comprender el contenido de la afección de la integridad moral es necesario entender que dicho ámbito se encuentra conformado por los conceptos de dolor o de

b) Influir en las decisiones adoptadas en dicha materia.

c) Perjudicar el rendimiento profesional,

d) Humillar, insultar, intimidar a la persona que la padece.

⁹ En base a los fallos judiciales de las Cortes se establece que aquellos avances sexuales impertinentes, pedidos de favores sexuales y otra conducta verbal o física de naturaleza sexual, constituyen acoso sexual cuando:

a) la sumisión a tal conducta es hecha, implícita o explícitamente, una condición para el empleo de un individuo

b) la sumisión o rechazo de tal conducta por un individuo es usada como base para decisiones en el empleo que

afectan a tal individuo, o

c) tal conducta tiene como propósito o efecto interferir irrazonablemente con el rendimiento laboral de un individuo

o crea un ambiente de trabajo intimidante, hostil u ofensivo.

sufrimientos físicos o psíquicos humillantes o degradantes. Es decir, producir una situación humillante para la víctima. En qué caso podría aplicarse dicho enfoque para la situación de acoso sexual, solo en el caso que la solicitud sexual fuera humillante o degradante para el sujeto pasivo.

La pregunta que surge ante este planteamiento es si acaso puede ser subsumida la figura de la integridad moral como un bien jurídico a proteger en el hecho ilícito del acoso sexual, ante lo cual es pertinente señalar que lo que persigue el sujeto activo con la conducta desplegada, no es humillar al sujeto pasivo, sino más bien, intervenir en el proceso de adopción de sus decisiones en orden a lograr desviar su voluntad al propósito dispuesto por el sujeto activo. Es decir, que el sujeto pasivo acepte realizar la conducta requerida. Ahora bien, el medio utilizado para lograr el propósito querido por el autor y no deseado por la víctima podrían ser, entre otros, los tratamientos vejatorios o humillantes desplegados por el hechor, no constituyendo por sí mismas dichas actividades, un bien autónomo a regular dentro del tipo de acoso sexual.

3.2.- EL ACOSO SEXUAL COMO UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

Desde esta vertiente será necesario indagar cuál es la fase de la libertad que se ve lesionada con el acoso sexual. Ante ello, se debe señalar que la realización de la conducta de acoso tiene por objeto doblegar la motivación del individuo para obligarlo a actuar en un determinado sentido. Por lo tanto, será la fase de decisión la etapa que se verá afectada con el despliegue de la conducta ilícita ideada por el autor.

En cuanto a las circunstancias principales que pudieran distinguirse en el tratamiento del acoso, se encontrara aquella referida al abuso de la posición jerárquica del sujeto activo, destinado a que la víctima se vea en una situación extrema de deterioro de su situación laboral, docente o de servicio para el caso de que no acceda a la solicitud requerida. Por otra parte, también puede generarse la circunstancia de amenazar directamente a la víctima, con perjudicarla en las legítimas expectativas que pudiera tener en la relación laboral, docente o de servicios, para el caso de contravenir lo solicitado.

En ambas situaciones la amenaza consiste en el anuncio de un mal no constitutivo de delito, siendo la condición para evitar dicho mal la realización de una conducta de contenido sexual.

Es importante plantear la pregunta acerca de la diferencia que existiría con las agresiones sexuales llevadas a cabo con intimidación, siendo la respuesta que en éstas últimas las amenazas o el anuncio del mal proferido por el sujeto activo será constitutivo de delito, ya sea contra la vida o contra la integridad física.

Aclarado lo anterior, debe señalarse que el fenómeno denominado “acoso sexual”, ha sido tratado, doctrinaria y legislativamente, tanto en el ámbito jurídico nacional como internacional. En cuanto a nuestro país debe destacarse que, en materia de Derecho del Trabajo, con fecha 8 y 18 de marzo de 2005 se promulgó y publicó, correspondientemente, la Ley 20.005 que tipifica y sanciona el “acoso sexual”,

pudiendo destacarse a su respecto los aspectos referidos tanto a su tipificación como al procedimiento establecido para denunciar los hechos constitutivos de tal infracción.

3.3.- EN CUANTO A LA TIPIFICACION.

El artículo 2º del Código del Trabajo señala que "Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo".

3.4- EN CUANTO A LA INVESTIGACIÓN Y SANCION DEL ACOSO SEXUAL.

A su vez, el artículo 211-A dispone que en caso de acoso sexual, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo. En consonancia con lo anterior el artículo 211-B señala que recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo y en caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador. Por otra parte, el artículo 211-C ordena que el empleador dispondrá la realización de una investigación

interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva y que en cualquier caso la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días. Por otro lado, si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, y las conclusiones deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva. Asimismo, el artículo 211-D del Código del ramo señala que las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a aquélla practicada en forma interna, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado. Finalmente, el artículo 211-E, dispone que en conformidad al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes quince días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan".

4.- EL ACOSO SEXUAL EN LO RELATIVO A LA EDUCACION.

En relación con esta área social, el Consejo Nacional Asesor para Programas Educativos para Mujeres de los Estados Unidos define el hostigamiento sexual como el uso de la autoridad para enfatizar la sexualidad o la identidad sexual de un estudiante de tal manera que impida o perjudique el pleno goce de los beneficios educacionales, ambientales u oportunidades, reconociendo cinco tipos de actividades como acoso sexual:

a) Comentarios o comportamientos sexistas.

- b) Avances sexuales inapropiados y ofensivos, pero sin amenaza de sanción.
- c) Requerimiento de actividad sexual u otro comportamiento sexual relacionado con promesas de recompensas.
- d) Coacción de actividad por amenaza o sanción.
- e) Asaltos sexuales.

A simple vista, puede observarse la amplitud que se da al concepto de acoso sexual en lo relativo a la educación en los Estados Unidos de América. Es interesante como el “hostigamiento sexual” puede manifestarse desde el nivel de un comportamiento verbal hasta un asalto sexual. Sin embargo, debido a la gran amplitud del concepto, difícil sería, a la hora de determinar la específica naturaleza desarrollada en la conducta, establecer la figura delictiva que se estaría cometiendo.

5.- EL ACOSO SEXUAL, UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL.

Como se ha constatado en los acápites anteriores, el fenómeno del acoso sexual, implica una realidad que trasciende diversas esferas de lo social, así como el ámbito del trabajo, el educativo, el profesional. Asimismo, es posible inferir que también pudiera vislumbrarse esa misma problemática en las relaciones médico-paciente, sacerdote-feligrés, y otras tantas situaciones análogas a las mencionadas. Todo ello, por cuanto, el acoso sexual se corresponde con un determinado tipo de vínculos o relaciones humanas, las cuales dan pie, a la actuación abusiva de aquél que detentando un ámbito

de superioridad frente a la víctima, se aprovecha de dicho desequilibrio jerárquico para acosar sexualmente a su víctima.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el acoso en su variante “sexual” como el que tiene por objeto obtener los favores sexuales de una persona cuando quien lo realiza se halla en posición de superioridad respecto de quien lo sufre.¹⁰ De esta manera, es posible extraer determinados elementos que permiten distinguir el fenómeno del acoso, aunque sea sólo a nivel lingüístico, tales como, la distinta posición que ocupan los sujetos activo y pasivo, la finalidad que se persigue con la situación de prevalimiento por parte del sujeto activo, esto es, los favores sexuales, y por último, el rechazo de la actividad o solicitud por parte de la víctima. De esta manera, como ya se ha dicho, es posible observar que el fenómeno del acoso no tan solo puede estar circunscrito al ámbito de lo laboral, sino a todos aquellos casos en los cuales existe una determinada relación de poder, ya sea en un ámbito laboral, educacional, médico, religioso o profesional. Asimismo, esta relación de poder, se encuentra configurada de modo tal, que permite a uno o a varios sujetos, ejercer por medio de determinadas conductas de carácter sexual, una influencia sobre el sujeto pasivo o víctima que, como consecuencia del ejercicio abusivo de una determinada posición, mediando una condición de carácter sexual, termina cediendo a los requerimientos impuestos por el o los sujetos activos de la relación. No obstante lo anterior, habría que observar, si también podría incluirse en un ámbito penal la figura

10 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed., Espasa Calpe S.A., Vigésima Segunda Edición, año 2001.-

del “acoso sexual ambiental”, situación, como se verá con mayor detalle en un apartado posterior, comprende un escenario en que la relación entre los sujetos activo y pasivo es de carácter horizontal y no vertical, no mediando entonces el factor poder, como motivo esencial que desencadene un ejercicio abusivo sobre la víctima, sino otro tipo de circunstancias, tales como un marcado prejuicio sexista acompañado de una inferioridad numérica del o los sujetos pasivos, dentro de recintos de trabajo, una constante manifestación verbal, escrita o informática cuyo contenido, se exprese consciente y voluntariamente, con el propósito de humillar o menoscabar a la víctima, y otras situaciones similares. Así por ejemplo el caso de una mujer constantemente asediada, mediante chistes o expresiones vulgares, por parte de sus compañeros de trabajo, a un grado tal de provocar en ella, una situación intimidatoria o humillante, en virtud de lo cual deba ésta cesar en su actividad laboral. Pero la pregunta queda pendiente, en el sentido si una situación como ésta deberá seguir siendo asumida en una perspectiva de abuso laboral y no dentro del ámbito criminal.

6.- EL ACOSO SEXUAL: TIPOLOGÍA.

En la moderna doctrina acerca del acoso sexual, es posible distinguir dos especies de acoso. Por una parte, el acoso sexual coercitivo y, por otra, el acoso sexual ambiental, las cuales veremos a continuación.

6.1.- EL ACOSO SEXUAL COERCITIVO O CHANTAJE SEXUAL.

Este tipo de acoso se caracteriza por aquella conducta ejecutada de manera sistemática y constante durante un término prolongado con el objeto de determinar a la víctima a adoptar una respuesta en el ámbito sexual, a este tipo de acoso también se le denomina el “chantaje sexual”. En otras palabras, es aquél que aparece cada vez que existe una relación de jerarquía entre la víctima y el victimario, en vista de lo cual, ésta se encuentra en una situación de inferioridad ante el sujeto activo, debiendo ceder a los propósitos de carácter sexual planteados por el hechor. Así por ejemplo, en el caso del empleador con el subordinado, o el del maestro con su estudiante, en el primer caso implicaría aceptar las condiciones por parte de la víctima, ya sea, para mantenerse en el empleo o lograr un ascenso, y en el segundo, aceptar someterse a requerimientos de carácter sexual, para lograr una promoción de curso o aprobar una materia determinada. El chantaje sexual se caracteriza por el aprovechamiento de una situación de superioridad para obtener beneficios de carácter sexual. Se denomina “chantaje”, porque el sujeto acosador utiliza las facultades de decisión que posee sobre la situación en que se encuentra el trabajador, estudiante, profesional o paciente, dándole la opción entre sufrir un perjuicio en su condición propia de trabajador, estudiante o paciente o realizar los comportamientos sexuales requeridos. Estas situaciones son aprovechadas por el acosador para determinar la voluntad de la persona acosada, y por tanto, sólo puede ser llevado a cabo por personas que tengan la capacidad suficiente para decidir sobre la situación en que se encuentra el sujeto pasivo.

6.2.- EL ACOSO SEXUAL AMBIENTAL, INTIMIDATORIO O IMPLICITO.

El segundo tipo de acoso que se distingue en la doctrina, es el acoso sexual ambiental, el cual comprende un comportamiento de naturaleza sexual de cualquier tipo y que tiene como consecuencia producir un contexto laboral negativo para la víctima. Por ejemplo, la presencia de compañeros de trabajo de la víctima, los cuales, de manera constante profieren expresiones o ejecutan actos, de carácter sexual, que provocan en el sujeto pasivo un menoscabo personal evidente a lo largo del tiempo.

En cuanto a este segundo tipo de acoso sexual, esto es, el acoso sexual intimidatorio, o también denominado acoso sexual implícito, se caracteriza, por ejemplo, por la existencia de un entorno laboral sexualmente cargado, es decir, situaciones en las que el sujeto pasivo se siente incómodo en su ámbito laboral, como consecuencia de las continuas referencias sexuales de que es objeto, las que pueden presentarse de diversas formas, ya sea mediante referencias acerca de su forma de vestir, a su cuerpo, a su vida personal, etc. En cuanto a las consecuencias que provoca este tipo de acoso no es fácil establecer un efecto definido por cuanto esta clase de hecho presenta problemas a la hora de delimitar los parámetros que permitan establecer la gravedad necesaria para su existencia, dependiendo por tanto del carácter o circunstancias personales del sujeto ofendido. En relación con la persona que puede resultar responsable en cuanto a este tipo de acoso no se requerirán cualidades particulares ya que cualquiera persona que tenga contacto con el sujeto pasivo en una relación laboral o de otro tipo, podría desplegar dicha conducta, siendo perfectamente posible que el acoso, en el ejemplo

referido, sea realizado tanto por el empleador como por los mismos compañeros de trabajo de la víctima, siendo también indiferente el que la conducta cometida sea realizada por uno o varios miembros del entorno social.

7.- DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO PENAL.

Expuestas las características que permiten distinguir por lo menos dos tipos de acoso, cabe responder a la pregunta acerca de cuál es el punto en común que permite el tratamiento del acoso sexual como un fenómeno unitario. Ante ello, es posible afirmar que en ambos casos, se trata de comportamientos no deseados por la persona acosada. Como señalan algunos autores, este elemento establece una distinción o una línea de separación entre lo que se puede denominar flirteos o comportamiento romántico por un lado, y el acoso sexual por el otro. En cuanto a esto último, la diferencia ha de radicar en la actitud que adopte la persona a quien se dirige la conducta desplegada por el sujeto activo, esto es, si la acoge o no con agrado, si está o no de acuerdo con ella.

Por otra parte, ante el fenómeno del acoso, también deberá delimitarse el campo de acción que le competiría al Derecho del Trabajo y al Derecho Penal, y ante dicha interrogante, parte de la doctrina ha planteado que el principio penal del “non bis in idem” podría verse vulnerado a partir de la aplicación simultánea de una sanción administrativa como consecuencia de una infracción laboral y de una pena de orden criminal por la comisión de un mismo hecho. Para algunos autores, la alternativa sería verificar si el acoso sexual es o no constitutivo de delito, y en caso afirmativo, el ilícito

dejaría de conceptuarse como una mera infracción administrativa, debiendo ser perseguido y sancionado exclusivamente por la vía penal.

Pero lo dicho no agota el problema, y es dable plantear que las infracciones laborales fueron concebidas para la protección de los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral, y precisamente la infracción, desde la perspectiva laboral, consistiría en realizar conductas constitutivas de acoso sexual que impliquen la conculcación de ciertos derechos del trabajador, como por ejemplo la dignidad, la no discriminación, etcétera. Por otra parte, desde una perspectiva penal, el delito de acoso sexual, hallaría su fundamento en la lesión al bien jurídico “libertad sexual”. Por lo tanto, podría plantearse la posibilidad de que el trabajador, independientemente de que sufra una afeción en la relación laboral, es decir, sufra menoscabo en su dignidad, en su derecho a no ser discriminado, entre otros, vea también agredida la posibilidad de autodeterminarse en el ámbito sexual. Desde esta perspectiva entonces, lícito sería argüir que tanto el ámbito laboral como el penal se sustentan sobre la base de responsabilidades distintas por parte del sujeto hechor, que los efectos no deseados por parte del sujeto pasivo pueden ser variados y no necesariamente deberán ser observados desde una sola perspectiva, y que es posible plantear una protección que paralelamente impida vulnerar los derechos de la persona, tanto en su condición de trabajadora como de sujeto pasivo en el ámbito penal.

Asimismo, es posible entender, en cuanto a la tipología planteada anteriormente, que el denominado acoso sexual ambiental, constituye una figura que implica mayor

dificultad a la hora de ser tratada penalmente, por cuanto, generalmente el sujeto activo se encontraría indeterminado o sería de muy difícil individualización, y asimismo, el bien jurídico protegido se encontraría fuera de lo que constituiría la razón de ser de la figura en estudio, en su tratamiento penal, esto es, la libertad sexual.

Finalmente, en lo relativo a la libertad sexual, debe indicarse que su tratamiento doctrinario presenta dos caras, una positiva y otra negativa. La primera de ellas se refiere al hecho de disponer libremente del propio cuerpo a efectos sexuales y la segunda de ellas, o faz negativa, como el derecho a no verse involucrado en una circunstancia de contenido sexual sin haber prestado previamente su consentimiento.

Asimismo, es posible encontrar, entre estas dos vertientes, una posición intermedia o también denominada mixta, la que sugiere que la libertad sexual comprendería el derecho a escoger y practicar en cada momento la opción sexual que más le plazca al sujeto, vinculado a aquello el poder disponer de su propio cuerpo, y teniendo como límites el respeto a la libertad de terceros.

8.- LEGISLACION CHILENA RELATIVA AL FENOMENO DEL ACOSO SEXUAL EN EL AMBITO PENAL.

8.1.- EVOLUCION DE LA LEGISLACION CHILENA

En cuanto a la legislación nacional, necesario es señalar que el Derecho Penal, siendo un catálogo estatal exclusivo, que gira en torno a la inclusión de conductas tipificadas como delito, no constituye nunca un proyecto acabado de todas las conductas que, en

sociedad, pudieran denominarse como actuaciones típicas, antijurídicas y culpables. Asimismo, es tarea de la doctrina y la jurisprudencia, profundizar en la comprensión y aplicación de la amplia variedad de normas que ya se encuentran establecidas en el Código Punitivo, y que por alguna razón, no han sido aprovechadas o agotadas íntegramente, de manera tal, de incluir en las figuras ya normadas, mediante una recta interpretación y con las adecuaciones legislativas pertinentes, aquellas situaciones que, actualmente no se encontrarían reguladas jurídico penalmente, todo lo cual, en concordancia con el principio de economía procesal, y tomando en cuenta, la naturaleza de última ratio del Derecho Penal, permitiría otorgar el espacio propio que en una sociedad moderna y democrática le compete al Derecho Penal, impidiendo que éste se convierta en un protagonista de “primera plana” en cuanto a su intervención social, contribuyendo además, mediante la discusión y argumentación, a una mejor comprensión de los fenómenos sociales y de su pertinente regulación en el ámbito punitivo.

En Chile, nuestra legislación establecía en el siglo pasado: “los ministros de corte, fiscales y jueces que ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a mujer procesada o que litigue ante ellos, se le impondrá la pena de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) y la de inhabilitación absoluta para el cargo u oficio público; al empleado público que solicitare a mujer que tenga pretensiones pendientes de su resolución, se le sancionará con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio. Por otra parte, al empleado que solicitare a mujer sujeta a su guarda

(detenida u hospitalizada) por razón de su cargo, le corresponderá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio, si la solicitada fuere mujer, hija, madre, hermana o afín legítima en los mismos grados de la persona a quien tuviere bajo su guarda el solicitante, la pena es de reclusión menor en sus grados medio a máximo (3 años 1 día a 5 años) e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”.

Actualmente en nuestro país, aún permanece la tipificación penal de hace un siglo y sólo recientemente se han introducido modificaciones en el sentido que la víctima puede ser hombre o mujer, eliminándose además la diferencia entre parentesco legítimo e ilegítimo.

Al observar el catálogo legislativo nacional, es posible establecer la existencia de disposiciones que, aún no empleando el término “acoso sexual”, tendrían cierta conexión con dicho fenómeno. Así, los artículos 223, 258 y 259 del Código Punitivo, los cuales señalan pertinentemente:

“Art. 223. Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:

3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos”.

“Art. 258. El empleado público que solicitare a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio”.

“Art. 259. El empleado que solicitare a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio”.

Si la persona solicitada fuere cónyuge, conviviente, descendiente, ascendiente o colateral hasta el segundo grado de quien estuviere bajo la guarda del solicitante, las penas serán reclusión menor en sus grados medio a máximo e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”.¹¹

Se ha destacado es en estas normas citadas el verbo “solicitar”¹², término que, como primera aproximación, es definido en el diccionario de la R.A.E. como “requerir y procurar con instancia tener amores con alguien”. De esta manera, el Código Punitivo,

11 Código Penal chileno, Vigésima Edición Oficial aprobada por Decreto N° 371, del Ministerio de Justicia, de 27 de febrero de 2006.

12 El diccionario de la RAE expone lo siguiente acerca del verbo “solicitar”: (Disponible en <http://www.educared.cl/educared/visualizacion/jsp/diccionarioRAE/listado>)

(Del lat. sollicitāre).

1. tr. Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado.
3. tr. Requerir y procurar con instancia tener amores con alguien.
5. tr. Der. Dicho de un confesor: Requerir de amores a la penitente.

expresa de manera elegante aquella situación en que, habiendo una relación -persona imputada o que litigue ante el sujeto activo o persona sujeta a su guarda por razón de su cargo- en la cual el sujeto pasivo requiere algo que sólo podría otorgar el sujeto activo, dicha concesión se ve condicionada por un requerimiento de carácter sexual por parte de este último a fin de acceder a la petición.

8.2- ACERCA DE CONDUCTAS RELACIONADAS CON EL ACOSO SEXUAL.

Al plantearse la pregunta acerca de la necesidad de legislar en el ámbito penal sobre el acoso sexual, es pertinente conocer de manera resumida, las principales figuras penales que, de un modo u otro, colindan con los elementos propios del fenómeno del acoso. Es decir, ante la necesidad o no de legislar, habrá primero que observar si lo que existe como normativa legal en nuestro país, es suficiente para incluir en alguna de dichas figuras, al acoso sexual, como una variante o modalidad del ilícito catalogado. Por lo anterior, se desarrollará en este apartado un breve análisis de las figuras delictivas más relevantes en relación con los bienes jurídicos de la libertad, libertad sexual, y seguridad individual, entre otros.

8.2.1.- DELITO DE COACCIÓN.

Para el profesor Alfredo Etcheberry la Comisión redactora otorgó a las coacciones violentas un modesto carácter de falta¹³, quedando por tanto, ubicado en el libro tercero, título I, De las faltas. Art. 494 N°16 “El que sin estar legítimamente autorizado

13 Bascuñán Antonio 1987 a 1989, Revista de Ciencias Penales tomo XXXIX pág., 83.

impidiera a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera”.

Para algunos autores la coacción es un delito de daño contra la libertad y seguridad individual que por su escasa identidad constituye también la figura subsidiaria de todos los delitos contra la libertad¹⁴.

Carrara define este delito como violencia privada, el cual consistiría en “cualquier acto con el cual, empleando violencia sobre el cuerpo o la voluntad ajenos, se obliga a alguien contra su propio deseo a hacer, a omitir o a permitir que otros hagan una cosa cuya consecución no representa, respecto del autor del hecho, ninguna violación especial de la ley punitiva”¹⁵

En cuanto al bien jurídico protegido se ha dicho que “En el delito de coacciones el bien jurídico protegido es la libertad de obrar de las personas, la libertad de decidir su forma de actuar tanto activa como pasiva, es decir, de hacer o no hacer algo”¹⁶.

Por otra parte, el sujeto activo en el ilícito de la coacción será aquel indicado en la norma referida, el cual se encuentra indeterminado. En lo concerniente al sujeto pasivo, se ha señalado que “Es toda persona con una capacidad de voluntad susceptible de ser

14 Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Editorial Universidad de Talca, pág., 39, año 2001.

15 Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal, volumen II Bogotá Editorial Temis pág., 333, año 1958.

16 Serrano Gómez, Alfonso, Derecho Penal Parte especial 4º edición Madrid Editorial Dykinson pág., 170, año 1999.

doblegada por la coacción, de modo que también los inimputables o enfermos mentales pueden ser sujetos pasivos en la medida que sean portadores de dicha capacidad”¹⁷.

En lo relativo a la conducta típica ésta consistirá en impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe. Respecto a esto se ha dicho que “Este comportamiento es omisivo para el sujeto pasivo, pues se le impide hacer algo. Siempre que el resultado que se consigue mediante la coacción implique inactividad del sujeto pasivo, se debe determinar si esta coacción está o no prohibida por la ley, ya que en este último caso estaríamos ante una conducta atípica que por ende sería impune”¹⁸.

Al tratar acerca de los posibles concursos, las coacciones, al igual que las amenazas, aparecen como un delito residual, de modo que con relación a otros delitos contra la libertad pueden considerarse como consumidas en ellos como por ejemplo: en el secuestro, robo con intimidación, amenazas condicionales y en delitos sexuales¹⁹.

En cuanto a la relación entre el delito de coacciones y las amenazas se debe distinguir atendiendo a si la amenaza es futura o no, respectivamente. Sin embargo, la estructura del delito de coacciones como figura básica de los delitos que afectan la libertad y seguridad y particularmente el delito de amenazas, impone una distinción con relación a la gravedad de la amenaza, y no al tiempo en que ella podría hacerse efectiva. Para

17 Bajo Fernández Miguel, Compendio de Derecho Penal – Parte Especial, Madrid Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., pág., 75, año 1998.

18 Gaceta Jurídica, N°77 pág., 35, año 1986.

19 Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal – Parte Especial 2° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, pág., 103, año 1991.

que las coacciones adquiriera su real dimensión la amenaza que conlleva, debe ser de escasa gravedad. En definitiva, constituiría delito de coacción la amenaza de un mal no constitutivo de delito y siempre que el culpable cumpla su propósito²⁰.

8.2.2.- DELITO DE AMENAZAS.

La ubicación penal del delito de amenazas en el código del ramo está en el libro II Título VI de los “crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares”, párrafo undécimo” de las amenazas de atentados contra las personas y propiedades”.

Esta ubicación tiene como fuente principal el código español de 1848-1850, sin embargo, la posición dentro del plan del código y las mismas rúbricas no son evidentemente españolas, sino belgas, pero su substancia es netamente hispana²¹.

El bien jurídico protegido en la norma referida sería la seguridad individual²².

Otra parte de la doctrina propone que “eventualmente se afectaría además la libertad de actuación, si las amenazas producen efecto en la voluntad del individuo”²³.

20 Matus y Ramírez op. cit. pág., 42

21 Guzmán Dalbora José Luis, El delito de amenazas, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, pág., 64, año 1999.

22 Guzmán Dalbora, op. cit pág., 118.

²³ Matus y Ramírez op. cit. pág., 42.

En lo relativo al sujeto activo, para el delito de amenazas el sujeto activo se considera irrelevante toda vez, que se expresa sucintamente con la fórmula “el que”.

En cuanto al sujeto pasivo, éste debe ser el titular del bien jurídico ofendido. En otras palabras el sujeto portador de su seguridad individual, y en el caso de las amenazas condicionales, aquel cuya seguridad y libertad se ven comprometidas²⁴.

En lo relativo a la conducta, esta deberá consistir en manifestar directamente al sujeto pasivo del delito o en hacerle llegar por medio eficaz, la intención de causarle un mal futuro o inminente a él o a su familia²⁵. Es decir, actuar sobre el ánimo del amenazado haciéndolo sentir menos libre y que se abstenga de realizar cosas o que las haga, pero teniendo en cuenta que en un contexto en donde no existiera la amenaza no las habría hecho jamás²⁶.

La ley señala que toda amenaza debe recaer en la persona (lo que comprende su vida, salud e integridad corporal); honor (entendido como igual consideración social) o propiedad (como bien jurídico penalmente protegido) del amenazado²⁷.

²⁴ Guzmán Dalbora op. cit. pág., 247.

²⁵ Serrano Gomez Alfonso 1999 Derecho Penal parte especial Madrid 4° edición editorial Dykinson pag. 161.)

²⁶ Novoa Monreal, Eduardo, Revista de Ciencias Penales Tomo XII pág., 17, año 1950.

²⁷ Matus y Ramírez op. cit., pág., 43.

Para Labatut “una amenaza es punible cuando se reúnen dos condiciones, seriedad y verosimilitud, es decir, que sea constitutiva de un mal verdadero que el amenazador tiene el propósito de causar y que dados los antecedentes se verifique²⁸.

En cuanto a la verosimilitud “se debe tratar de un mal creíble, aunque no sea verdadero, atendida la situación concreta en que se encuentra la víctima. Por tanto, la verosimilitud debe juzgarse ex ante, situándose en la perspectiva del afectado”²⁹.

El delito referido precedentemente puede ser clasificado en amenazas de un mal que constituye delito del art. 296 y amenazas de un mal que no constituye delito del art. 297.

Originalmente la amenaza se sancionaba cuando había sido hecha exigiendo una cantidad o imponiendo una condición ilícita y el culpable lograba su propósito. Actualmente sin embargo, este tipo es punible tanto cuando se exige una condición y el amenazador logra su propósito como cuando dicho propósito no se cumple.

Finalmente es dable señalar que este tipo de delito, sólo es posible cometerlo con dolo directo³⁰. La acción de amenazar desaparece allí donde el contenido intelectual, o sea,

28 Labatut Glenda, Gustavo, Derecho Penal Tomo II, 7° edición, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, pág., 112, año 1992.

29 Gaceta jurídica, N°253. pág., 167, año 2001.

30 Matus y Ramírez op. cit. pág., 43.

el sentido de la declaración no es conminatorio; el dolo tiene que ir referido a ese esencial contenido amenazador que si está ausente excluye el acto³¹.

8.2.3.- DELITO DE ESTUPRO.

Se define el delito de estupro en el artículo 363 del Código Penal como “el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Puede afirmarse que “El estupro implica un atentado tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad de los menores, pues aunque se eliminó la referencia a las doncellas, se mantiene la minoría de edad como requisito típico, a la que se agregan el engaño o el abuso en la obtención del consentimiento que, por lo mismo, se considera agravado pero no al punto suficiente para constituir una violación del art 361 del

31 Guzmán Dalbora op. cit., pág., 415 y ss.

Código Penal, sobretodo en relación a la intimidación, el abuso de capacidad de resistir de la víctima y el abuso de la debilidad mental de la misma”³².

En cuanto a la acción descrita por la norma, y sin desmerecer una tesis contraria, por lo pronto, “puesto que el tipo demanda penetración del miembro viril en la vagina, en el ano o en la boca de la víctima, sólo un varón puede asumir la calidad de sujeto activo de estupro. Por su parte, dado que la ley no formula una exigencia especial en cuanto al sexo del sujeto pasivo, éste podrá ser tanto varón como mujer”³³.

La ley 19.617 innovó respecto a esta figura, extendiendo su alcance más allá del simple engaño a que se refería la legislación anterior. Suponiendo que una persona mayor de 12 o 14 años puede consentir libremente en actos sexuales, la ley describe las circunstancias en que dicho consentimiento no se considera del todo válido si se obtiene de menores de edad.

La numeración contenida en el artículo señalado es solamente ejemplar y no taxativa, con el propósito de comprender dentro de ella cualquier vinculo relevante de dependencia, sea formal o informal, de relación de familia o no.

En cuanto a las conductas descritas en relación con el delito de estupro, es interesante destacar la opinión sostenida por las autoras Matus y Ramírez, quienes señalan que “Lo que constituye el abuso es el aprovechamiento de una situación de dependencia que

³² Matus y Ramírez op. cit., pág., 78.

³³ Rodríguez Collao, Luis, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pág., 171, año 2000.

supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad personal o económica, que es la amenaza grave propia de la intimidación del art. 361 N°1 del Código Penal. Este es el típico caso de abuso de una relación de dependencia laboral o acoso sexual. Lamentablemente, al limitarse en este tipo de estupro a los menores de edad, se produce un efecto imprevisto respecto de las formas graves de acoso sexual sobre mayores de edad, que en caso alguno podrán considerarse como violación por intimidación del art. 361 N°1, restando para ellas sólo las figuras de amenazas condicionales ya vistas”³⁴.

8.2.4.- DELITO DE ABUSOS SEXUALES.

Los abusos sexuales son definidos en el artículo 366 del Código Punitivo como “El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.

Por su parte, la “acción sexual”, definida en el Art. 366 ter., se entiende como “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

³⁴ Matus y Ramírez op. cit pág., 79.

La conducta a que hace referencia la normativa pertinente, esto es, los actos de significación sexual, se sustentan en el ánimo libidinoso, al igual que en el antiguo delito de abusos sexuales.

En cuanto al sujeto activo, este se encuentra indeterminado, y como sujeto pasivo, la víctima debe ser menor de 18 y mayor de 14.

9.-ALGUNAS CONSIDERACIONES EN CUANTO A LOS DELITOS SEXUALES.

En la tramitación del Proyecto de Ley que modificó el Código Penal en materia de delitos sexuales, le correspondió a las Cámaras pronunciarse sobre la sanción específica en el Código Penal del acoso sexual habiéndose descartado esa posibilidad en la Comisión Mixta, en atención a que el tipo o figura ilícita contendría un componente subjetivo (la circunstancia de que la conducta no es deseada por la persona a quien va dirigida) el cual planteaba problemas a su penalización. Por el contrario, los parlamentarios expresamente consideraron que la sanción debía darse en el ámbito del derecho laboral.

En resumen, el Código Penal chileno, modificado por la Ley 19.617 sobre Delitos Sexuales, publicada en el Diario Oficial el 12 de julio de 1999, contiene en relación a las conductas de abuso de poder relacionadas, de una manera u otra al acoso sexual, los siguientes tipos penales :

a) Los artículos 223, 258 y 259, los cuales mantienen con un cambio de la expresión "mujer" por "persona", la sanción a distintas situaciones de solicitud sexual.

Art. 223: "Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o impersonales y los funcionarios que desempeñan en Ministerio público, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares y la de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados:

3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona procesada o que litigue ante ellos."

Art. 258: "El empleado público que solicitara a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio."

Art. 259: "El empleado que solicitara a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio."

b) Por otra parte, en el artículo 363, que castiga el estupro, se considera en el numeral 2° el acceso carnal de menores de edad y mayores de catorce años, "Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, originada en el hecho de encontrarse el agresor encargado de su custodia, educación o cuidado, o bien en una relación laboral."

Las figuras delictivas anteriormente indicadas importan el abuso de una situación de poder de una gravedad tal que obviamente no pueden comprender las conductas de acoso sexual laboral o en la docencia que no llegan a concretarse en una relación sexual específica. En efecto, todas las figuras antes señaladas importan la consumación de un acto sexual o la solicitud explícita en ciertos casos específicos, dentro de la administración pública.

En el acoso sexual no existe acto sexual sino una conducta de carácter sexual no deseada por la persona a quien va dirigida, que amenace o vulnere la situación laboral, docente o de otro tipo en que se encuentre la víctima, o cualquier otra expresión que ofenda su dignidad sexual. Obviamente, esta conducta no tiene que llegar a concretarse en un acto delictivo de los ya descritos para merecer una regulación legal que la prohíba y que sancione en el ámbito de las relaciones privadas laborales, y esa es la conclusión a que arribó el Parlamento, en relación con la introducción de la figura del acoso sexual en el ámbito laboral y que ya se ha analizado anteriormente.

Como ya se ha dicho más arriba, interesante para nuestro análisis resulta la opinión de los profesores Matus y Ramírez, quienes señalan que “Lo que constituye el abuso es el aprovechamiento de una situación de dependencia que supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad personal o económica, que es la amenaza grave propia de la intimidación del art. 361 N°1 del Código Penal. Este es el típico caso de abuso de una relación de dependencia laboral o acoso sexual. Lamentablemente, al limitarse en este tipo de estupro a los menores de edad, se produce un efecto imprevisto respecto de

las formas graves de acoso sexual sobre mayores de edad, que en caso alguno podrán considerarse como violación por intimidación del art. 361 N°1, restando para ellas sólo las figuras de amenazas condicionales ya vistas”³⁵.

Volviendo al objeto del presente estudio, y ante la pregunta acerca de la necesidad de legislar o no en el ámbito penal sobre el acoso sexual, la respuesta puede plantearse mediante la alternativa de una “tercera vía”, menos onerosa en términos de trabajo legislativo, y a la vez, más eficiente en términos de aprovechar el esfuerzo intelectual y legislativo que en dicha área ya se ha desarrollado, introduciendo, por supuesto en la medida de lo necesario, aquellas modificaciones pertinentes, para así, adecuar las normas pertinentes de antaño, a las necesidades propias del presente.

10.- EL ACOSO SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1999.

10.1.- Generalidades

Uno de los objetivos del presente capítulo, es observar a modo de ejemplo, la manera en que se ha abordado el fenómeno del acoso sexual en la legislación penal española. De esta manera, podrán ser analizados los distintos elementos que eventualmente debiera comprender una legislación que tipifique el acoso sexual.

³⁵ Matus y Ramírez op. cit., pág., 79.

En la figura establecida por el legislador penal español en 1999, éste multiplicó el ámbito de vigencia del delito de acoso sexual, por cuanto pasó a estar conformado en una estructura constituida por un tipo básico, uno agravado y una agravante aplicable a ambos supuestos, siendo la protección de la libertad sexual el objetivo prioritario de la figura.

El tipo básico del delito de acoso sexual estipulado en el art. 183 punto 1) del Código Penal español, señala que: “el que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de 6 a 12 fines de semana, o multa de 3 a 6 meses.”

10.2.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 183 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

10.2.2.- LA ACUSACIÓN DE UNA SITUACIÓN INTIMIDATORIA HOSTIL O HUMILLANTE.

El tipo requiere que los comportamientos constitutivos de acoso sexual, provoquen en la víctima una “situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante”. En cuanto a esto, el despliegue de los medios comisivos tendientes a lesionar la libertad no provocan necesariamente este efecto, ya que el comportamiento de la gente podrá producir el objetivo intimidatorio perseguido, por ello resulta adecuado que el legislador lo requiera expresamente. En razón de lo anterior, la situación planteada se configurará tanto como un medio desplegado por el agente para lograr la realización de

una determinada conducta, como un resultado, en cuanto su producción es la comprobación misma de la lesión a la libertad.

10.2.2.- EN CUANTO A LA RELACION EXIGIDA ENTRE LOS SUJETOS DEL DELITO.

En lo que respecta a la especial relación que debe unir al sujeto activo y pasivo de este delito, se puede observar la exigencia de que la conducta se verifique dentro de los ámbitos laboral y docente. Se trata por tanto de un delito especial propio ya que solo podrá ser cometido por las personas que reúnan especiales características, que en este caso consistirán en la circunstancia de estar relacionado con la víctima de la manera que se ha descrito. Fuera de ello no existen más especificaciones pudiendo por tanto ser sujeto activo una persona que se encuentra en posición de igualdad con la víctima o bien de inferioridad. En este sentido no habría inconvenientes para configurar el acoso, en cuanto a que éste sea realizado por un alumno con respecto a su profesora, también podría ser llevado a cabo por un superior siempre y cuando dicha superioridad no sea utilizada como medio de presión para determinar la voluntad de la víctima en un sentido, caso en el cual se aplicaría la figura contenida en el art. 184 punto 2), la cual se analizará a continuación. Finalmente, si el acoso se verificara fuera de los ámbitos mencionados, la conducta sería atípica, ya que no existe otro delito que permita incriminar una mera “solicitud”.

En lo que respecta a la relación de servicios descrita en el tipo penal, el legislador estaría haciendo alusión a las relaciones que se planteen bajo un contrato de

arrendamiento de servicios. De esta manera, quedarán incluidas las relaciones profesionales que no se den bajo el régimen de dependencia, es decir, quedará protegido el colectivo de trabajadores independientes.

10.2.3.- LA CONDICION EXIGIDA.

En lo que respecta a la condición solicitada, se trata de la obtención de favores de naturaleza sexual. Es una condición ilícita en cuanto la no producción del mal se hace depender de la realización de comportamientos que el amenazado tiene prohibido realizar, o bien, puede facultativamente realizar. Con respecto a qué conductas podrán quedar comprendidas dentro del término favores sexuales, se plantean 2 teorías: La primera denominada teoría amplia sostiene que la falta de concreción del tipo legal indica la necesidad de considerar dentro del concepto de “favores” a toda conducta con connotación sexual, bastando por tanto que el favor solicitado sea objetivamente idóneo para excitar el instinto sexual de una persona, según el estándar de una comunidad. Por otra parte, la teoría restringida indica que sólo deben quedar comprendidas aquellas conductas que pudieran resultar constitutivas de otros delitos sexuales tales como las agresiones sexuales.

En relación con lo referido precedentemente, para la doctrina mayoritaria resulta imprescindible un contacto sexual físico entre la persona acosada y la acosadora, o un tercero (solicitar a la víctima la exhibición de partes de su cuerpo quedaría fuera del ámbito del tipo penal). No obstante lo dicho es dable plantear que la teoría amplia es la

que mejor refleja una concepción que considerará protegida en primer término la libertad y sólo de manera secundaria el ataque sexual.

10.2.4.- EL ABUSO DE JERARQUIA COMO AGRAVANTE DEL TIPO.

El art. 184 punto 2) señala: “si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de 12 a 24 fines de semanas o multa de 6 a 12 meses”.

La figura descrita precedentemente establece una dualidad de modalidades, por cuanto el delito podrá cometerse abusando de una relación de superioridad, o bien, mediante el anuncio de un mal a la víctima. En cuanto a lo planteado, debe aclararse que el prevalimiento de una situación de superioridad, no puede referirse más que al anuncio tácito de un mal, por cuanto sólo en la medida que el autor hiciere saber a la víctima que la perjudicará en caso de una negativa a su solicitud, habrá abuso de superioridad. Lo que se persigue es dejar establecida la circunstancia de que la víctima vea alterado su proceso psicológico de formación de la voluntad, por temor a ver perjudicada su situación laboral o docente.

10.2.5.- LA SITUACIÓN DE JERARQUIA.

En cuanto a la intención del legislador debe señalarse que el término jerarquía puede ser definido como “cada uno de los núcleos o agrupaciones constituidos, en todo

escalafón, por personas de saber o condiciones similares” (diccionario de la Lengua Española, tomo II) de ello se deduce la exclusión de toda posibilidad de aplicar el término a las relaciones personales, como podrían ser las familiares, ya que de ninguna forma podría hablarse de escalafones dentro de una organización familiar. Por otro lado, la diferenciación entre superioridad jerárquica y superioridad laboral podría plantearse como una relación entre género y especie, considerando a la primera como una superioridad de carácter formal y a la segunda como un concepto más amplio que incluiría además las situaciones de superioridad fáctica.

10.2.6.- LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS.

Según la descripción que plantea el tipo penal, el mal anunciado por el sujeto activo debe ir referido a las “legítimas expectativas” que la víctima pueda tener. De esta manera quedarían excluidas las situaciones en las que el autor amenace con causar un daño a un tercero. El contenido del mal debe encaminarse no tan sólo a la protección de los derechos adquiridos por la víctima sino también a que ésta no sea privada de beneficios que normalmente obtendría en el correcto desenvolvimiento de la relación, de esta forma quedarían excluidas las expectativas ilícitas, debiendo ser éstas calificadas desde un punto vista objetivo y no desde la perspectiva de la víctima o con un criterio subjetivo.

10.2.7.- EL FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.

En este caso el fundamento de la agravación se encuentra en la mayor facilidad del agente para atentar contra el bien jurídico, por lo cual se verificaría un mayor desvalor

de acción. Por tanto, en el abuso de superioridad se agrava el injusto penal por el aprovechamiento consciente de circunstancias objetivas que facilitan el hecho. En el acoso sexual, el abuso de superioridad no es más que la posibilidad que tiene el autor de hacer creíble y serio el mal con el que amenaza debido a la facilidad de su concreción (por ejemplo, el jefe aprovecha el momento próximo a la renovación de un contrato para hacer depender esta circunstancia de la realización de una conducta sexual o bien, el profesor que frente a un buen examen anuncia que éste sólo será aprobado si el alumno cumple con su condición ilícita).

En cuanto a lo dicho, puede afirmarse que en el caso del abuso por prevalimiento estaríamos frente a una situación de dependencia vital entre ambos sujetos, una sujeción de carácter personal, estando los males que la víctima puede tener relacionados con la integridad física. En cambio, esta situación no se produce en el acoso sexual donde los males con los que se amenaza están referidos a los derechos que la víctima tenga en el ámbito de las específicas relaciones, teniendo por tanto un contenido ya sea económico, de logro de metas profesionales o docentes.

10.2.8.- LA AGRAVANTE SOBRE LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA.

En el delito de acoso sexual, al igual que en los restantes casos en los que el ataque va dirigido a la formación de la voluntad del sujeto, la “especial vulnerabilidad” debe estar referida a las posibilidades de defensa de la víctima frente el ataque a su voluntad. Se trata de que la víctima tenga menores posibilidades de prestar resistencia frente a la

afectación de su proceso psicológico de deliberación. Deberá tratarse entonces de una situación que afecte a la voluntad de la víctima (una enfermedad que produzca una inferioridad de carácter físico podría justificar la agravación de la conducta en el caso del delito de agresiones sexuales pero no en el caso del acoso sexual). Lo que resultará imprescindible es que la circunstancia que determine la agravación no sea consecuencia del acoso sexual al que es sometido el sujeto pasivo, esta razón que determinará la cualificación de la conducta deberá ser previa al ataque ya que de lo contrario se podría vulnerar el principio del non bis in idem.

El fundamento de la agravante se encuentra en las menores posibilidades de defensa del sujeto pasivo y la correspondiente mayor facilidad del autor para lograr la lesión del bien jurídico.

10.2.9.- EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION.

Esta cuestión dice relación con saber lo que sucede cuando la condición impuesta por el autor del delito es efectivamente cumplida por la víctima, es decir, cuando el proceso de deliberación del sujeto pasivo es efectivamente alterado y en virtud de ello decide evitar el mal que se le anuncia. En este caso, el cumplimiento de la condición impuesta por el agente se identifica con la fase de terminación del ilícito no considerándose esta etapa de la vida del ilícito a efectos de penalización. En este caso el legislador no plantea la distinción de acuerdo a la entidad del comportamiento requerido, aumentando la pena frente a las conductas más graves, habiendo decidido de esta forma enfocar la protección penal con exclusividad en la afectación de la libertad.

10.2.10.- RESPECTO DEL CONCURSO DE DELITOS.

Hay concurso de leyes penales cuando frente a la posibilidad de subsunción de una conducta dentro de dos normas penales basta con la aplicación de uno sólo de los tipos para agotar el desvalor del suceso real. Esta es la situación que se presenta entre el delito de acoso sexual en el supuesto agravado y el de amenazas no condicionales de mal no constitutivo de delito, en virtud de que en ambas se prevé la conducta de quien anuncia el acaecimiento de un mal para el caso de que la víctima no cumpla una condición coincidiendo ambas en cuanto al objeto de protección, el cual estará constituido por el bien jurídico libertad.

Frente a dos normas que resultan aplicables a una misma conducta, sólo estaría justificada la aplicación de aquella que prevé una penalidad mayor cuando el tipo más grave contenga circunstancias agravatorias o conductas más completas o complejas en cuanto al bien o bienes jurídicamente protegidos. La totalidad de la doctrina coincide en cuanto que la aplicación del principio de especialidad es la mejor forma de resolver el conflicto de leyes, llegando incluso a sostener que los otros principios no son más que manifestaciones del primero.

10.2.11.- ACERCA DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL EN RELACION CON LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

En cuanto al bien jurídico protegido por el delito de solicitación sexual por parte de funcionarios, la doctrina coincide en general respecto al carácter pluriofensivo del mismo, ya que por un lado protegen el legítimo y recto ejercicio de la función pública

en beneficio de la comunidad, y por otro, el proceso de formación de la voluntad de las personas para determinarse en la esfera sexual de manera espontánea. A pesar de ello, ambos bienes jurídicos no se encuentran en igual nivel si no que la preeminencia viene determinada por el abuso de la función.

En cuanto a la conducta típica, ésta consiste en solicitar sexualmente al sujeto pasivo, es decir, manifestar la voluntad de mantener contactos sexuales sin que sea necesaria su efectiva realización. Se está en consecuencia frente a un delito de mera actividad y no de resultado. En cuanto a la entidad de los beneficios sexuales que se solicitan, el tipo no requiere una entidad determinada, por lo que la doctrina acepta cualquier pretensión con connotación sexual.

Se entiende por “función pública” la proyectada al interés colectivo, al bien común, y realizada por órganos estatales. Para realizar el tipo no basta con que el sujeto activo sea funcionario, sino que el injusto sólo existirá si el funcionario infringe los deberes propios del cargo, ya que el tipo de injusto se basa en la infracción de un deber específico por razón del cargo y no en un hecho realizado en el marco de sus competencias.

En relación con lo dicho se puede sostener que se estaría en presencia de un delito especial propio ya que la conducta descrita en el tipo sólo será punible a título de autor si es realizada por el funcionario público.

11.- OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR SOBRE EL ACOSO SEXUAL.

11.1.- Fases de protección de la libertad en el acoso sexual

Uno de los aspectos importantes a que se refiere el acoso, dice relación con la protección de la libertad, entendida ésta como un valor que abarca diferentes fases y grados de protección. Desde esta perspectiva pueden formularse tres estadios en los que se despliega dicho valor, correspondiendo cada uno de ellos al recorrido o camino que debe seguir dicho valor para encontrarse totalmente pleno y por lo tanto, digno de protección penal. En primer lugar, la fase originaria, la que se encuentra configurada por la volición o querer interno del sujeto, fase que no se encuentra regulada o protegida por el derecho penal, por cuanto su comprobación en el mundo de los hechos relevantes resulta insatisfactoria. En segundo lugar, puede distinguirse una segunda fase del valor libertad que se manifiesta en la decisión del sujeto o en aquel proceso en que se forma la voluntad, encaminada por supuesto a un fin que el propio sujeto se ha representado en su querer interno. Se trata este segundo estadio de un proceso psicológico en el cual el sujeto decide, ante las alternativas que se le plantean, en qué sentido o de qué manera desarrollará su conducta. Un tercer momento de este fenómeno se traduce en la libertad de ejecución, esto es, en la etapa en que el individuo actúa de conformidad con la decisión adoptada en su querer interno.

Dada esta distinción, es posible señalar que el delito de amenazas condicionales, tiene como objeto lograr la protección de la libertad, en su vertiente de decisión de la

voluntad, por cuanto se trataría de una conducta en que el sujeto activo introduce motivaciones externas que afectan el proceso psicológico de deliberación de la propia voluntad del sujeto pasivo. De esta manera, el individuo deberá, ante la coacción desplegada, decidirse por aquella opción libremente adoptada en su querer interno o aquella que se le plantea de manera ilegítima sobre la base del anuncio de un mal futuro, para el caso de que no se decida por la opción dispuesta por el sujeto activo.

El acoso sexual se encuentra en el mismo orden de cosas en relación con el bien jurídico protegido señalado anteriormente, esto es, otorgar protección a la libertad de decisión del sujeto pasivo, situación que podrá generarse tanto a nivel de superioridad jerárquica como también a nivel horizontal o acoso sexual medioambiental. Dicha petición o solicitud deberá encontrarse revestida de suficiente gravedad como para provocar en la víctima que lo sufre intimidación, hostilidad o humillación suficientes como para que se decida entre la alternativa que se le plantea o se le solicita, o seguir siendo intimidada, hostilizada o humillada.

Por otra parte, cuando se observa la regulación que ante el mismo fenómeno desarrolla la legislación laboral, campo donde es más frecuente o fecunda la aparición de las conductas de acoso, es posible señalar que lo que intenta el trabajador o trabajadora, al denunciar los hechos constitutivos de dicho disvalor no es que el autor de la conducta sea castigado, o por lo menos, dicho objetivo no es la primera razón que se busca por el parte del sujeto pasivo, sino más bien, que tal situación no le sea perjudicial en y para su trabajo.

11.1- FUNDAMENTOS DE PROTECCION DE LA LIBERTAD.

Para que pueda sustentarse la protección jurídico penal de un fenómeno es necesario sustentar dicha protección sobre la base de un supuesto que permita aceptar su inclusión en el catálogo ordenado por el legislador como de suficiente valor para el caso de concretarse su afección, permitiendo consecuentemente, la intervención punitiva del estado. Las teorías que permiten sustentar el modelo de represión estatal se encuentran caracterizadas principalmente en dos vertientes, las teorías sociológicas y las constitucionales. El primer tipo de teorías intenta describir el fenómeno de afección del valor libertad como una actividad disfuncional del sistema social, por cuanto, cada vez que los supuestos desarrollados por el sujeto activo atenten contra el orden social o su conservación, el aparato estatal deberá reprimir dicha alteración del estado de cosas, regulándose su intervención de acuerdo con la “dañosidad social” que se produce con la lesión de los bienes jurídicos. Se le reprocha a las teorías sociológicas el riesgo de poner demasiado énfasis en la disfuncionalidad del sistema social, absorbiendo las necesidades del sujeto mirado desde la perspectiva individual. Por ello, cada vez que se plantee la necesidad de protección del bien jurídico, éste deberá tener como centro de atención justamente la protección del individuo en relación con el adecuado funcionamiento social.

En segundo lugar, las teorías constitucionales, basan su accionar justamente en la norma constitucional, que así como las teorías sociológicas, en último término, dicen relación con la protección de aquellos principios, derechos y garantías que el propio

cuerpo social ha decidido regular sobre la base de una valoración de los mismos, que finalmente se plasmará en el texto constitucional. Desde esta perspectiva será digno de proteger aquello que el mismo texto constitucional considera valioso de regulación. No obstante, dicha regulación, en el ámbito jurídico penal, no podrá abordar todos los derechos y todo tipo de lesión, sino sólo aquellos que, políticamente han de motivar la intervención punitiva del estado. Desde esta órbita necesario será considerar la efectiva lesión del bien jurídico tutelado y la necesidad de la pena, entre otros principios.

Por otro lado, claro es que la libertad no tiene una existencia subsecuente a la aparición de su regulación jurídica, o en otros términos, la libertad existe desde antes que el derecho la regulara, pero la intervención jurídica es necesaria ante la existencia de dicho valor, por cuanto, siendo un bien precioso por los sujetos que conviven en sociedad, deberá regularse la cuota que corresponde a un ejercicio que no provoque trastornos en la libertad que otros desean desarrollar, y en esa perspectiva, deberán regularse aquellas cuotas de poder con que los individuos cuentan y que podrían eventualmente abusar de la libertad y por lo tanto, de la dignidad de otros sujetos.

12.- ANÁLISIS LEGISLATIVO COMPARADO SOBRE ACOSO SEXUAL Y FIGURAS AFINES.

En lo relativo al acoso sexual, no está de más, observar su tratamiento en diversas naciones, tanto europeas como latinoamericanas, lo que permitirá ilustrar la manera en que se ha abordado dicho fenómeno en tales países, no obstante, como se verá, no

siempre el acoso sexual es tratado como tal, e incluso, en algunas legislaciones no ha sido normado de ninguna manera.

12.1.- TRATAMIENTO EN ALEMANIA

En Alemania, la legislación penal pertinente, establece que el que realice actos sexuales con un recluso, custodiado por orden de la autoridad que le fue confiado para vigilarlo, educarlo y formarlo y aprovechándose de su posición o con un interno de un establecimiento de enfermos, tendrá una pena de hasta 5 años o multa.

12.2.- TRATAMIENTO EN FRANCIA

En Francia, la agresión sexual, abusando de la autoridad que le confieren sus funciones tiene una pena de hasta 7 años y multa. Por otra parte, el párrafo dedicado al acoso sexual establece en el artículo 222-33 “El hecho de acosar a otro con el fin de obtener favores de naturaleza sexual será castigado con un año de prisión y multa de 15.000 euros”. Asimismo, el artículo 222-33-2, señala que “El hecho de acosar a otro mediante actuaciones repetidas que tengan por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar a sus derechos y a su dignidad, de alterar su salud psíquica o mental o de comprometer su futuro profesional, será castigado con un año de prisión y multa de 15.000 euros”.

12.3.-TRATAMIENTO EN ITALIA

En Italia, se sanciona la conjunción carnal con persona arrestada o detenida con una pena de 1 a 5 años. En este caso, puede observarse que aún no existe legislación que concretamente sancione el acoso sexual, sino solo aquellas acciones de naturaleza sexual, contextualizadas en un ámbito policial o carcelario.

12.4.- TRATAMIENTO EN COLOMBIA

En Colombia, el empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones solicitare a una persona o a un tercero, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

12.5.- TRATAMIENTO EN PERU

En el Perú no existe el delito de acoso sexual aunque en el Congreso de la República se están discutiendo proyectos de ley al respecto. En dicho país, se ha utilizado, en el ámbito penal, por parte de las organizaciones defensoras de los derechos de la mujer, la figura de coacción para sancionar el acoso sexual. Sin embargo, esta figura no protege de manera adecuada a quienes han sido víctimas de acoso ni sanciona al acosador ya que la pena considerada (pena privativa de libertad no mayor de dos años) es mínima.³⁶

³⁶ Disponible http://www.flora.org.pe/pdfs/Propuestas_al_proyecto_de_reforma_cod_penal.pdf.

12.6.- TRATAMIENTO EN ESPAÑA

En cuanto al fenómeno del acoso sexual tratado en España nos remitimos a lo analizado más arriba.

12.7.- TRATAMIENTO EN MEXICO

El tratamiento del acoso sexual en la nación mexicana se encuentra regulado en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (México), en su Libro Segundo, título quinto, denominado “delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual”. Así, luego de referirse en sus primeros dos capítulos a la violación y al abuso sexual, correspondientemente, regula en su capítulo tercero, intitulado “Hostigamiento Sexual”, en su artículo 179 la figura del acoso en los siguientes términos: Artículo 179. “Al que acose sexualmente con la amenaza de causarle a la víctima un mal relacionado respecto a la actividad que los vincule, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión.

Si el hostigador fuese servidor público y se aprovechara de esa circunstancia, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le impondrá destitución por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta. Este delito se perseguirá por querrela”.

12.8.- TRATAMIENTO EN ECUADOR

El Código Penal Ecuatoriano establece que “El que solicitare favores de naturaleza sexual para si o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral,

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, será castigado como autor de acoso sexual con pena de prisión de seis meses a dos años”.

12.9.- TRATAMIENTO EN COSTA RICA

Por su parte, el Código Penal de la República de Nicaragua, en su Libro II, Capítulo VIII, denominado “De la violación y otras agresiones sexuales” señala en su Artículo 197 “Comete delito de seducción ilegítima el que tenga acceso carnal con persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, que estuviere bajo autoridad o dependencia, o en relación de confianza o nexos familiar. Se incluye en este caso a las autoridades públicas, ministros de cualquier culto, empleador, tutor, guardador, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la víctima.

La seducción ilegítima será penada con prisión de dos a cuatro años.

El que somete a una persona a acoso o chantaje con propósitos sexuales, sin consumar el delito de violación o de seducción ilegítima, será penado con uno a dos años de prisión.

En estos casos, una vez iniciada la acción, los jueces deberán continuar los juicios hasta dictar sentencia definitiva”.

13.- DE LA ANTIJURIDICIDAD, BIEN JURIDICO Y DOGMATICA CRIMINAL

Útil será, para efectos de hacer una última reflexión en torno al tema del acoso sexual, observar el análisis profundo y desafiante que plantea el distinguido catedrático español, Sr. Santiago Mir quien en uno de sus trabajos ³⁷, el que se centra en la afirmación de que las categorías del delito, incluida la de la antijuridicidad, pueden comprenderse adecuadamente sólo reconociendo que dichas categorías suponen valoraciones jurídicas específicas distintas a la de infracción de la norma.

Luego, la posibilidad de explicitar la hipótesis planteada exige tener en cuenta en el análisis, aquellos elementos no expresados en los textos legales, ni deducibles lógicamente de éstos. Ello debido a que el agotamiento literal del texto debe abrirse paso a una hermenéutica capaz de aprehender y manifestar en su superficie aquellos elementos que comprende el sentido normativo del derecho vigente.

Las valoraciones y principios que deben ser considerados en el análisis, no tan solo arrancan desde el texto legal, sino también, a partir de la Constitución.

³⁷ Ver “Significado y Alcance de la imputación objetiva en derecho penal” Mir Puig S., Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>.

La cuestión es entonces, conformar una dogmática que sea capaz de la búsqueda constante del sentido material de las instituciones jurídicas, y desde allí, descubrir las valoraciones y principios que las sustentan.

Por tanto, he aquí una cuestión de hermenéutica y de comprensión de la ratio legis que, a partir de la idea de bien, sea capaz de construir un discurso programático y orientador de la doctrina jurídico penal.

La importancia de descubrir y revelar el contenido de los hitos de valoraciones y principios del Derecho penal vigente, tiene por finalidad su evaluación crítica y, por ende, permitir una contribución a su desarrollo, cuestión esencial en un Estado democrático de derecho.

Estas líneas esbozadas anteriormente deben enmarcarse en un contexto político que permita la búsqueda de principios y valoraciones a que se hizo alusión. Por lo mismo, se trata la cuestión en el contexto del legislador democrático.

Qué es lo que aporta esta clase de legislador: que los ciudadanos puedan valorar críticamente el producto de sus deliberaciones plasmadas en normas jurídicas, y ello sobre la base del consenso, sustentado lo anterior en el conocimiento de los valores que están en juego.

Por otra parte, la doctrina jurídica contribuye en la esfera del control de la legitimidad de las normas, haciendo hincapié en las valoraciones que comprende tal o cual prescripción.

Desde aquí se plantea una cuestión de vital y trascendente importancia: “que cada autor explicita cuál es su orientación político-jurídica, para que sus opiniones puedan también ser valoradas adecuadamente por sus lectores. Desde mi punto de vista, el jurista tiene que esforzarse por reflejar las aspiraciones más indiscutibles de su ámbito cultural. Las declaraciones internacionales de derechos humanos y las Constituciones de su ámbito cultural han de ser nuestro punto de partida”. Agregándose a continuación: “Cada jurista ha de orientar consciente y declaradamente su elaboración dogmática en valores y principios que crea capaces de generar consenso”³⁸.

Una segunda cuestión relevante en el planteamiento del profesor, resulta de la concepción que de la sociedad surja, en relación con lo relevante expresado mediante sus normas, esto es, la función e importancia que se asigne a los conceptos de derechos y deberes, puesto que ambos tópicos refieren a concepciones diametralmente opuestas en el sentido de la construcción social y política que sirva de sustento a la preeminencia de uno o de otro postulado.

³⁸ Significado y Alcance de la imputación objetiva en derecho penal” Mir Puig S., Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>. pág. 6.

Desde esta perspectiva, se plantea que los derechos son ventajas del individuo frente a la colectividad, mientras que los deberes son cargas para el individuo que se establecen en beneficio de otros.

Ahora bien, de qué manera interviene en esta temática el derecho penal. Lo hace, según cuál sea la perspectiva de lo preeminente expresado en el seno de tal disciplina, si los bienes jurídicos –perspectiva de los derechos- o las normas preceptivas o prohibitivas – punto de vista de las cargas-, cuestión que no es baladí, a la hora de preguntarse por el tipo de sociedad que desee construirse, aquella centrada en el sujeto o en la colectividad³⁹.

Las valoraciones jurídicas, esto es, aquellas provenientes del Derecho positivo, aunque no se hallen explicitadas de forma expresa, tienen su origen en la valoración positiva del bien jurídico protegido por la norma penal correspondiente. Luego, dichas valoraciones podrán referirse a cosas, estados, instituciones y otras realidades distintas a actos humanos, mientras que los principios siempre se refieren a conductas⁴⁰.

³⁹ De ahí, la crítica que el autor hace a Jakobs, al señalar “Esta es una razón importante para oponerse a la propuesta de Jakobs de prescindir del concepto de bien jurídico y sustituirlo por el de lesión de la vigencia de la norma”; “la concepción de Jakobs invierte en cierto modo el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado”. Op. Cit.1. pág 7.

⁴⁰ Op. Cit. 1. pág. 10.

El bien jurídico penal presenta entonces dos aristas, según sea la perspectiva en que se observe, por un lado, su valoración, lo cual supone su indemnidad, y por otro, su desvaloración o valoración negativa, esto es, su lesión. Ahora bien, si la lesión no es imputable objetivamente a una conducta típicamente relevante ésta será disvaliosa jurídicamente pero no de manera específica para el Derecho penal. Luego, si la lesión es imputable objetivamente a un tipo de delito, tanto el desvalor de conducta como el desvalor de resultado requeridos, constituirán valoraciones específicas del Derecho penal⁴¹.

Otro aspecto importante de destacar del análisis del Profesor Mir dice relación con la afirmación de la doctrina dominante, que considera que el hecho típicamente antijurídico encuentra su significado en ser infracción de la norma primaria, entendida —al menos en parte— como imperativa⁴².

⁴¹ “Sin embargo, las valoraciones del bien y de su lesión no bastan para explicar por qué no todas las lesiones de un bien jurídico-penal merecen el mismo desvalor, sino sólo las penalmente típicas, y por qué no merece el mismo desvalor la conducta sólo objetivamente imputable que la que además es subjetivamente imputable. La respuesta ha de buscarse añadiendo al desvalor representado por la lesión y por la probabilidad de la misma —que podemos denominar desvalor de dañosidad— el desvalor que significa su imputación a una conducta humana —que podemos denominar desvalor de imputación—. Un mismo desvalor de dañosidad puede no ir acompañado de ningún desvalor de imputación, o acompañado de distintos grados de desvalor de imputación: éste es menor si sólo puede imputarse el hecho objetivamente que si además puede imputarse subjetivamente. La combinación de estas dos clases de valoraciones da lugar a las diferentes valoraciones correspondientes al tipo objetivo, al tipo subjetivo y al tipo completo”; “Precisamente porque cada uno de los niveles de imputación típica permite una valoración jurídica específica, tiene sentido distinguirlos, y hacerlo en el orden secuencial en que se hace: primero la imputación objetiva, y dentro de ella primero la comprobación de una conducta peligrosa y luego la exigencia de que su peligrosidad se realice en el resultado, y a continuación la imputación subjetiva. Cada valoración presupone la anterior y no viceversa.”. Op. Cit. 1. pág. 11.

⁴² “Siempre he compartido esta concepción de la norma penal que se dirige al ciudadano, puesto que me parece evidente que dicha norma prohíbe el delito en el sentido prescriptivo más fuerte del verbo prohibir. Durante muchos años compartí también la identificación de antijuridicidad penal e infracción de la norma imperativa. Sin embargo, pensaba y sigo pensando que esta identificación conduce necesariamente a dos consecuencias que la doctrina dominante no extrae y que actualmente tampoco a

A lo anterior, se señala que: “para la imputación del desvalor de dañosidad típico y para la imputación de la ausencia del valor de salvaguarda de bienes prevalentes a una conducta disvaliosa, no hace falta comprobar la capacidad de conocer la prohibición por parte del sujeto, sino sólo que la conducta creó un riesgo no permitido de producir el resultado disvalioso y, para el injusto doloso, que lo creó dolosamente.”⁴³.

Para el autor, esta manera de comprender la antijuridicidad penal como un juicio de desvalor relacionado sólo con la oposición del hecho a un bien jurídico-penal, y no con la oposición al imperativo de la norma, no es la única forma posible, pero es más garantista, menos autoritaria, que otra que lo entienda como desobediencia a la norma⁴⁴.

Lo dicho hasta el momento, es relevante para considerar que la postura que se tenga respecto de uno u otro aspecto en el ámbito de la teoría del delito y de sus fundamentos, tiene suma importancia para el desarrollo y construcción de los modelos de Estado y Sociedad que se deseen construir. De ahí, la importancia vital que se colige de la serie de decisiones dogmáticas, legislativas y estatales que día a día, van conformando una “opinión” o “tendencia” que, tarde o temprano tendrá eco en textos normativos, y finalmente, en las vidas de cada uno de los ciudadanos que conforman la nación.

mí me resultan aceptables: 1) la efectiva producción del resultado no podría considerarse antijurídica; 2) la posibilidad de conocimiento de la norma por el sujeto habría de exigirse como condición de la antijuridicidad”. Op. Cit. 1. pág. 13.

⁴³ Op. Cit. Pág. 15.

⁴⁴ Op. Cit. Pág. 15.

En relación con lo anterior, el siguiente comentario es decidor: “Lo único que ha de querer evitar un Derecho penal liberal son lesiones o puestas en peligro de tales bienes imputables a conductas no justificadas. Esto es lo único indeseable por aquel Derecho penal: lo único penalmente antijurídico, contrario a los objetivos del Derecho penal. La sustancia de lo injusto penal. Esta antijuridicidad material contiene la razón necesaria de la prohibición penal”⁴⁵.

Otro de los elementos importantes mencionados aquí, estriba en que la posibilidad de conocimiento de la norma importa como límite de la imputación y no como su fundamento. Es decir, el conocer importa una condición –necesaria- para imputar al sujeto su conducta objetiva y subjetivamente contraria, -no justificada- de bienes jurídicos relevantes, y no entonces, su razón de ser. Así, un Derecho penal enfocado al principio de la autoridad de la norma observará la desobediencia ante la misma, como centro de prohibición de la conducta. Lo antijurídico se realiza entonces en la desobediencia a la norma. Dicha afirmación tiene serias repercusiones a la hora de establecer las condiciones y límites que deben existir para imputar a un individuo un desvalor en los niveles objetivo, subjetivo y personal, y por supuesto, tiene gran repercusión en el modelo de gobierno y de estado que se quiera establecer.

Finalmente debe señalarse, en consonancia con el autor que: “Toda norma que prohíbe un comportamiento presupone la valoración negativa de dicho comportamiento —por lo menos si admitimos la hipótesis del legislador racional que está en la base de la

⁴⁵ Op. Cit. Pág. 16.

dogmática jurídica tal como la entendemos—. En un Derecho penal protector de bienes jurídicopenales que ha de evitar su lesión, la valoración negativa de la conducta prohibida ha de proceder de la valoración negativa del resultado de lesión que puede producir. En tal modelo político-criminal el conocimiento de la prohibición no es necesario para desvalorar el hecho, porque no es la desobediencia a la norma lo que se devalora como objetivo a evitar”⁴⁶.

La publicidad, la transparencia y el consenso, dicen relación con principios que debieran ser respetados y promovidos en una democracia, a todo nivel, puesto que, incorporados en el análisis dogmático, y posteriormente, en la Política Criminal, significan nada menos que la diferencia entre un Derecho Penal centrado en el ciudadano y a favor de la protección de bienes jurídicos, de aquél otro, fundamentado en la norma jurídica, bastante para cualquier clase de gobierno, sustentado en si mismo e intolerante ante el más leve asomo de disparidad, sobretodo, desde un ámbito crucial para controlar y reprimir a los ciudadanos opositores a tales planteamientos autosuficientes –si ese es el objetivo-, esto es, el Derecho Penal, en este caso, un derecho penal del enemigo o del autor.

Todo lo dicho en este apartado, dice relación con lo que a continuación, y a modo de conclusión ha de tenerse en cuenta a la hora de decidir, como sociedad, el camino a seguir en materia de legislar o no, en el ámbito penal, sobre la figura del “acoso sexual”.

⁴⁶ Op. Cit. Pág. 18.

CONCLUSION: ACERCA DE LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE EL ACOSO SEXUAL.

En lo relativo al acoso sexual, puede afirmarse que la doctrina nacional se inclina mayoritariamente, en favor de no legislar sobre el problema en el ámbito criminal.

El profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba planteaba la idea de subsumir la figura referida al acoso sexual en el delito de amenazas del artículo 296 y siguientes del Código Penal.

Por su parte, el profesor Carlos Kunsemüller, es de la idea de desestimar la criminalización del “acoso sexual”, por razones de índole dogmático y de política criminal.

El profesor Antonio Bascuñán Rodríguez⁴⁷, plantea cuatro hipótesis que recogerían en conjunto, la problemática relevante del fenómeno del “acoso sexual”. La primera de ellas esgrime que el acoso sexual sería la proposición sexual asociada a consecuencias relacionadas con el desempeño laboral del destinatario de la proposición, que son favorables para el caso de la aceptación o desfavorables para el caso del rechazo. En segundo lugar, el acoso sexual sería la proposición sexual reiterada, que tiene lugar en el medio laboral y que es realizada a pesar de la negativa manifiesta de la persona solicitada de modo tal que demuestra un menosprecio de su dignidad personal. Un tercer aspecto expone que el acoso sexual sería la realización reiterada de acciones, comentarios o alusiones de carácter sexual en el medio laboral, efectuada a sabiendas

⁴⁷ Bascuñán Rodríguez Antonio, Revista Derecho y Humanidades, N°5-1997, pág., 7 y sgtes.

de su ofensividad para otro demostrando con ello un menosprecio de la dignidad del ofendido. Finalmente, la cuarta hipótesis señala que el acoso sexual sería la hostilización de una persona en su medio laboral, mediante las acciones descritas en los casos segundo y tercero recién indicados, ejecutada con el propósito adicional de determinar a la persona hostilizada a abandonar su medio laboral, concluyendo en su análisis que “en lo que respecta al tratamiento jurídico penal del acoso sexual, el establecimiento de un delito autónomo para estas conductas resulta tan innecesario como inconveniente”.

El Derecho Penal, es un derecho per se sancionador y que sólo puede imponer penas a aquellos sujetos que son responsables por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido. Así, la única solución que puede brindar frente al acoso sexual en el trabajo es la de sancionar al acosador cuando su conducta coincida con la expresamente tipificada en el código punitivo. No obstante que la alternativa referida precedentemente es coincidente con los objetivos que se propone el derecho penal en cuanto a perseguir y sancionar los comportamientos previamente tipificados como de mayor gravedad por el legislador, la realidad plantea una pregunta pertinente, cual es si acaso dicha medida punitiva es lo único o es lo principal que desean las víctimas en contra de quienes se ha desplegado la conducta ilícita, ya que podría proponerse ante dicha circunstancia que lo que la víctima o el sujeto pasivo desea más allá de la sanción coercitiva impuesta al sujeto activo de la acción, es la estabilidad y mantención en su puesto de trabajo. Ante ello, una respuesta más eficiente por parte del sistema social podría otorgarla el Derecho Laboral, por cuanto justamente dicha disciplina tiene como

origen el lograr subsanar las desigualdades en las que se encontraba una de las partes en un contrato de trabajo. En otras palabras, el cometido del Derecho Laboral, es regular el conjunto de derechos y deberes del empleador y de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral y de esta forma frente a una incumplimiento de una de las partes, este mismo derecho trae aparejadas la descripción de las consecuencias que tendrá dicho incumplimiento o desobediencia a la norma laboral. En otras palabras, la respuesta frente a lo que hemos denominado acoso sexual, en el ámbito laboral, tiene como objetivo determinar y especificar las opciones o alternativas que tiene el trabajador afectado, y asimismo, circunscribir la responsabilidad del empresario o del empleador, sea o no el sujeto activo que despliega la conducta del acoso.

El acoso sexual es un fenómeno que puede afectar a gran parte de las facetas de la vida de la víctima, y se sostiene que dicha conducta constituiría una violación simultánea de derechos fundamentales constitucionales y legales reconocidos a todo ciudadano y específicamente a los trabajadores, entre otros, el derecho a la dignidad personal, a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo, la integridad física y moral, la libertad sexual y además el derecho al trabajo.

Para nosotros el acoso sexual supone, en el ámbito penal, toda conducta que avasalle, violente, exija y comprima a otra persona, manifestando inequívocamente una petición o solicitud sexual, de manera insistente y no querida. Una conducta seria, hiriente y molesta, que se exteriorice con expresiones verbales y, sobre todo, con actos más o menos lujuriosos. No se precisa ninguna especial vinculación personal o profesional

entre las partes. Puede ser en relaciones heterosexuales o bien homosexuales. Los sujetos activo y pasivo pueden ser, indistintamente, varón o mujer, aunque lo normal sea un sujeto activo varón y un sujeto pasivo mujer. Este acoso tiene su desarrollo en muy distintos lugares; en la oficina o en cualquier otro lugar de trabajo. En la calle, autobús, metro, etc. Incluso puede acontecer en un vehículo en el que voluntariamente se haya subido la ofendida.

De lo dicho puede desprenderse que el acoso sexual es un fenómeno social de múltiples y diferentes dimensiones, denunciado por distintas organizaciones e instituciones y constatado por distintas investigaciones que han evidenciado la existencia, extensión y gravedad del acoso sexual en el ámbito laboral. La consideración del acoso sexual como contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, como una forma de discriminación por razón de sexo y como una manifestación de la violencia de género, hace incuestionable la necesidad de establecer medidas y estrategias que hagan efectiva la igualdad de hombres y mujeres en el trabajo y erradiquen las conductas contrarias a la dignidad de las mujeres.

Diferentes estudios e informes han puesto de manifiesto que el acoso sexual no es una conducta patológica y fácilmente reconocible, ni tampoco una conducta concreta que puede ser aprehendida, evaluada y catalogada, sino que más bien se inscribe en una trama de relaciones donde existe un desequilibrio de poder entre los sujetos, desfavorable para las mujeres.

Por tanto, nos encontramos ante un comportamiento complejo que se manifiesta de diversas formas, directas e indirectas, de gravedad e intensidad variable, aisladas o continuadas, etcétera. Estas conductas que tienen sus raíces en entornos laborales sexistas, pueden ir desde los requerimientos o proposiciones, chistes, bromas, exhibición de carteles o fotografías con contenido sexista, pasando por comportamientos físicos o roces indeseados que pueden suponer una vejación para quien los sufre, hasta el asalto o la agresión sexual. Otro componente a tener en cuenta es la falta de sensibilidad social y preparación suficiente para percibirlo, salvo en manifestaciones extremas, que se traduce en una excesiva tolerancia frente a determinadas conductas y la superficialidad con que, en determinadas ocasiones, se aborda su diagnóstico y tratamiento.

Distintos organismos defensores de los Derechos Humanos han reconocido la gravedad y trascendencia de la violencia hacia las mujeres en todo el mundo. La ONU, la OMS y la UNESCO han denunciado los graves efectos que la violencia de género, tiene para la población femenina del mundo y han elaborado propuestas de actuación para promover cambios sociales y legislativos, lo que ha favorecido abordar un problema hasta ahora silenciado o ignorado. Las distintas conferencias mundiales de Naciones Unidas sobre las mujeres recogen la violencia contra las mujeres como un área específica de actuación. La IV Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Pekín en 1995 ratificó que “la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. La Plataforma de Acción de Pekín, además

de establecer, como uno de sus objetivos estratégicos, la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres, procedió a su definición como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual o psicológica, que incluye las violaciones, los abusos sexuales, el acoso y la intimidación sexual en el trabajo... y en otros ámbitos”.

Útil es también mencionar la opinión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, quien señala que la mayor parte de las situaciones por las que una conducta se califica de acoso sexual, están previstas en el Código Penal chileno “lo que ocurre es que, como en muchas otras cuestiones, se ignora o se olvida todo su contenido y todas sus posibilidades y no se acierta en sacar provecho de las innumerables virtualidades que laten en su seno. Sin exageración se puede afirmar que existen en él artículos todavía vírgenes, en los que no se ha advertido, ni mucho menos se ha aplicado su significado profundo y la riqueza de sus prescripciones”⁴⁸. Así, el código castiga en su artículo 296 N° 1 al que amenazare seriamente a otro con causar a el mismo o a su familia, en la persona honra o propiedad del amenazado o de sus familiares, un mal que constituya delito e imponiendo ilegítimamente cualquier otra condición, siempre que por los antecedentes el mal que se con mina sea de verosímil ejecución. Y en el artículo 297 del código punitivo se reprime la amenaza condicional en que se anuncia un mal no constitutivo de delito, es decir, la producción de cualquier, bienes jurídicos del amenazado o de su familia resultado que afecte, en el sentido de lesionarlo o ponerlos

48 Gaceta Jurídica, N°174, 1994, pág., 20.

en riesgo concreto de lesión. En una y otra hipótesis se castiga tanto la forma consumada, consistente en conseguir el autor su propósito, o sea, que el amenazado cumpla la condición, como la imperfecta del delito frustrado, si la víctima no la cumple, y caben, lo mismo la amenaza directa en que el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del mal coinciden en una sola persona, como la indirecta en que se conmina al paciente con causar el mal a algún integrante de su familia.

En cuanto a la modalidad de prevalimiento el código sanciona al empleado público que solicitare a persona que tenga pretensiones pendientes en su resolución art. 258 o a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo y agrava las penas en la forma indirecta de ser solicitada hija madre hermana o afín en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda el solicitante. Es cierto que aquí el interés tutelado no es la honestidad de la persona sino la administración pública según el principio de corrección e imparcialidad que deben presidir en sus relaciones con los administrados, pero no lo es menos que aquella que ocupa el lugar de sujeto pasivo de la acción, o la víctima y entra, por ende, en el tipo de injusto del delito. Este se consuma con la simple exigencia formulada a la persona, no siendo necesario que la copula se logre, por lo que este delito de expresión es también uno de predominante actividad y en consecuencia más grave que las amenazas condicionales que es un delito de resultado.

El acoso sexual en Chile también puede ser reconducido por los delitos de estupro por abuso de una relación de dependencia art. 363 N°2 y los abusos sexuales 366 N°2, en ambos casos limitado el sujeto pasivo a un menor de 18 años. “Lo que constituye el

abuso es el aprovechamiento de una situación de dependencia que supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad personal o económica, que es la amenaza grave propia de la intimidación del art. 361 N°1 del Código Penal. Este es el típico caso de abuso de una relación de dependencia laboral o acoso sexual. Lamentablemente, al limitarse en este tipo de estupro a los menores de edad, se produce un efecto imprevisto respecto de las formas graves de acoso sexual sobre mayores de edad, que en caso alguno podrán considerarse como violación por intimidación del art. 361 N°1, restando para ellas sólo las figuras de amenazas condicionales ya vistas⁴⁹.

Finalmente debe insistirse en que la represión penal, no obstante ser eficaz en cuanto a la gravedad de su respuesta frente al atentado de los bienes jurídicos que protege, es sólo un derecho de última ratio y por lo tanto, existiendo mecanismos alternativos más eficaces, deberá requerirse la intervención de dichos medios, antes que la reacción penal estatal.

Así el ámbito de intervención del derecho laboral deberá estar mediado por la salvaguarda de los derechos del trabajador y, por su parte, lo relativo al derecho penal, deberá ceñirse a la necesidad de castigar la conculcación del bien jurídico libertad y éste circunscrito al ámbito sexual.

Más allá de los aspectos técnicos y legislativos que comprende el acoso sexual, es necesario además preguntarse lo que espera una sociedad frente a las consecuencias

⁴⁹ Matus y Ramírez, op. cit pág., 79.

que ha de tener su inclusión como figura sancionable, ya sea en el ámbito laboral como penal. En este sentido, qué podrían concluir los hombres y mujeres que habitan los distintos espacios sociales en que eventualmente podría configurarse el ilícito del acoso, como seres sexuados que son por su propia naturaleza. Es decir, cuáles deberán ser las actitudes que deberán adoptar los actores sociales para evitar ser eventualmente sancionados por este tipo de figura.

Por otro lado, el establecimiento de los hechos, su gravedad, y su posible sanción, deberá ser tarea de otro tipo de actores sociales, cuales serán los jueces, individuos revestidos de autoridad y especializados en la interpretación y aplicación de la norma jurídica. Es decir, personas competentes en las materias concernientes a la regulación del acoso. Pero, legítima es la pregunta acerca de qué es lo que deberá indagar el sentenciador, ante los hechos que se le presentan como constitutivos de acoso sexual, por cuanto es claro que, tratándose de un ámbito complejo y que pudiera deslindar con otro tipo de figuras sancionadas severamente, como las referidas al ámbito sexual, y que por otro lado, podrían no constituir ilícito alguno, si no solo las actitudes propias de las conductas humanas realizadas en un contexto de “galantería” o “coqueteo”, dicha indagación, acompañada de la opinión de otros especialistas competentes, resultará imprescindible, para no tan solo, resolver el asunto sometido a su conocimiento, sino también, aportar en la sentencia pronunciada, una reflexión de contenido social normativo que, oriente el actuar de los participantes de esa comunidad social, a fin de promover y proyectar en el tiempo, aquellas conductas socialmente valoradas, y por tanto, asumidas como un imperativo ético impreso en las generaciones posteriores.

Por tanto, de todo lo dicho, existe un elemento que aún no siendo mencionado en la discusión, es de vital importancia en lo que atañe a este trabajo y que dice relación con la educación. Es decir, deberá el respeto por la persona humana y su promoción social quedar circunscrita sólo al ámbito de su sanción, no habiéndose antes agotado los canales más eficaces y adecuados para lograr un cambio en los paradigmas sociológicos y culturales imperantes desde hace siglos en nuestras sociedades, tales como el machismo, la discriminación, o las desigualdades y exclusiones sociales. De ahí entonces que la problemática se hace aún más compleja, pero a la vez, se constituye en un desafío legítimo y esperanzador, por cuanto, tiene que ver con un principio esencial a la naturaleza humana, cual es el respeto por el otro, y su vez, es un desafío que, en una sociedad democrática, permite a los actores sociales, su legítima intervención y puesta en marcha de los mecanismos de elección necesarios y comprendidos como el mejor camino a tomar por el bien de la nación y de las futuras generaciones.

Por todo lo anterior, de cara a los doscientos años de vida independiente de nuestro país, debe procurarse con ahínco y renovado esfuerzo, poner pausa a una actividad legislativa, que solo se circunscriba a redactar leyes, a cambio de obtener, con prudencia y paciencia, un producto consensuado socialmente, que tenga en cuenta, no solo las necesidades de un presente en constante evolución, sino y sobretodo, que tenga en cuenta los anhelos y desafíos que las generaciones posteriores demandarán de las presentes, porque así es el ciclo vital de la vida y del desarrollo de los pueblos, y de la humanidad.

BIBLIOGRAFIA

Aracena Wilk Rossana, Memoria de Prueba, “Bien jurídico protegido en la figura de acoso sexual”, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, mayo de 2003.

Bascuñán Rodríguez Antonio, “Acoso sexual y Derecho Penal” en Revista de Derecho y Humanidades, año 1997, N°5.

Caruso Fontán, María Viviana, “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad Sexual”, editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, año 2006.

Gatica Simpson Susana, Memoria de Prueba, “Aspectos Penales del Acoso Sexual. Clases y Elementos Constitutivos”, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, octubre de 2002.

Guzmán Dálbora José Luis, “El delito de amenazas”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1999.

De Vega Ruíz José Augusto, “El acoso sexual como delito autónomo”, Editorial Colex, 1991.

De Rivacoba Y Rivacoba Manuel, “¿Criminalizar el acoso sexual?”, Gaceta Jurídica, N°174, pág., 20 y 21. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile, diciembre de 1994.

Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, recaído en el proyecto de ley sobre acoso sexual. Boletín N° 1419-07-1.

Künsemuller Carlos, “Acoso sexual: Criminalización v/s descriminalización”, La Semana Jurídica, N°42, año 2001. Chile 2001.

Matus Acuña Jean Pierre y Ramírez Guzmán María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001.

Norambuena Aguilar Claudia Andrea, Memoria de Prueba, “Desarrollo Doctrinal y Jurisprudencial de los delitos de: coacción, amenazas y acoso sexual”, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.

Palavecino Cáceres, Claudio, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno: The new form of illegality in chilean labour law”, Rev. derecho (Valdivia). [online]. jul. 2006, vol.19, no.1 [citado 22 Noviembre 2007], p.105-123. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502006000100005&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950.

Rodríguez Collao Luis, “Delitos sexuales, de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N°19.617 de 1999”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

Mir Puig S., “Significado y Alcance de la imputación objetiva en derecho penal” Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>.

ÍNDICE

INTRODUCCION	1
1.- OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO.....	2
2.- ACERCA DEL ACOSO SEXUAL.....	4
2.1.- UN ESBOZO HISTORICO.....	4
2.2.- UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA	8
3.- EL ACOSO SEXUAL EN EL AMBITO LABORAL	11
3.1.- EL ACOSO SEXUAL COMO UN DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL Y CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRABAJADOR.	12
3.2.- EL ACOSO SEXUAL COMO UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	13
3.3.- EN CUANTO A LA TIPIFICACION.....	15
3.4.- EN CUANTO A LA INVESTIGACIÓN Y SANCION DEL ACOSO SEXUAL.....	15
4.- EL ACOSO SEXUAL EN LO RELATIVO A LA EDUCACION.....	16
5.- EL ACOSO SEXUAL, UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL.....	17
6.- EL ACOSO SEXUAL: TIPOLOGÍA.....	19
6.1.- EL ACOSO SEXUAL COERCITIVO O CHANTAJE SEXUAL.....	20
6.2.- EL ACOSO SEXUAL AMBIENTAL, INTIMIDATORIO O IMPLICITO.....	21
7.- DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO PENAL.....	22

8.- LEGISLACION CHILENA RELATIVA AL FENOMENO DEL ACOSO SEXUAL EN EL AMBITO PENAL.	24
8.1.- EVOLUCION DE LA LEGISLACION CHILENA	24
8.2- ACERCA DE CONDUCTAS RELACIONADAS CON EL ACOSO SEXUAL.	28
8.2.1.- DELITO DE COACCIÓN.....	28
8.2.2.- DELITO DE AMENAZAS.....	31
8.2.3.- DELITO DE ESTUPRO.....	34
8.2.4.- DELITO DE ABUSOS SEXUALES.	36
9.-ALGUNAS CONSIDERACIONES EN CUANTO A LOS DELITOS SEXUALES.	37
10.- EL ACOSO SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1999.	40
10.1.- Generalidades.....	40
10.2.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 183 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.	41
10.2.2.- LA ACUSACIÓN DE UNA SITUACIÓN INTIMIDATORIA HOSTIL O HUMILLANTE.....	41
10.2.2.- EN CUANTO A LA RELACION EXIGIDA ENTRE LOS SUJETOS DEL DELITO.....	42
10.2.3.- LA CONDICION EXIGIDA.	43
10.2.4.- EL ABUSO DE JERARQUIA COMO AGRAVANTE DEL TIPO.	44
10.2.5.- LA SITUACIÓN DE JERARQUIA.	44
10.2.6.- LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS.....	45
10.2.7.- EL FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.	45
10.2.8.- LA AGRAVANTE SOBRE LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VICTIMA.	46
10.2.9.- EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION.....	47
10.2.10.- RESPECTO DEL CONCURSO DE DELITOS.....	48
10.2.11.- ACERCA DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL EN RELACION CON LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.	48
11.- OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR SOBRE EL ACOSO SEXUAL.....	50

11.1.- Fases de protección de la libertad	50
11.1- FUNDAMENTOS DE PROTECCION DE LA LIBERTAD.	52
12.- ANÁLISIS LEGISLATIVO COMPARADO SOBRE ACOSO SEXUAL Y	
FIGURAS AFINES.....	53
12.1.- TRATAMIENTO EN ALEMANIA	54
12.2.- TRATAMIENTO EN FRANCIA.....	54
12.3.-TRATAMIENTO EN ITALIA	55
12.4.- TRATAMIENTO EN COLOMBIA.....	55
12.5.- TRATAMIENTO EN PERU	55
12.6.- TRATAMIENTO EN ESPAÑA.....	56
12.7.- TRATAMIENTO EN MEXICO.....	56
12.8.- TRATAMIENTO EN ECUADOR.....	56
12.9.- TRATAMIENTO EN COSTA RICA.....	57
13.- DE LA ANTIJURIDICIDAD, BIEN JURIDICO Y DOGMATICA CRIMINAL 58	
CONCLUSION: ACERCA DE LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE EL	
ACOSO SEXUAL.....	66
BIBLIOGRAFIA.....	76
ÍNDICE	78