

Dra. Yolanda Pardo González

Juez adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~*Me too* y la nueva regulación del delito de acoso sexual~

I. INTRODUCCIÓN: EL MOVIMIENTO *ME TOO*.

El movimiento conocido a nivel internacional con el nombre de “*Me too*”, tuvo su origen en 2017, a partir de la denuncia de la artista norteamericana Alyssa Milano contra el productor y magnate de la industria cinematográfica Harvey Weinstein, quien propuso lo siguiente en la red *Twitter*: “Si has sido acosada o agredida sexualmente escribe “*me too*” como respuesta a este tuit”¹.

No se trató de una denuncia ante la autoridad judicial sino ante las redes sociales, basada en las numerosas acusaciones de abusos sexuales aparecidas en los medios de información en Estados Unidos, referidas a las coacciones sexuales ejercidas por el citado magnate cinematográfico frente a jóvenes artistas, consistentes en un intercambio de favores sexuales a cambio de promoción profesional, sino que la actriz Alyssa Milano propuso la promoción de un hashtag en las redes sociales, a modo de denuncia de tales hechos, simplemente bajo el concepto de *me too* (en español, yo también) hashtag que superó todas las previsiones y se extendió por todo el mundo, principalmente a través de la red *Twitter*, bajo diversas denominaciones: *#QuellaVoltaChe* (aquella vez que) en Italia, *#YoTambién* en España y Latinoamérica o el *#BalanceTonPorc* (Denuncia a tu cerdo) en Francia

Sin embargo, el concepto *Me too*, ya había sido usado y popularizado en Estados Unidos por la activista afroamericana Tarana Burke, activista feminista y antirracista, quien usó la frase por primera vez como hashtag en el año 2006 a través de la red social *Myspace*.

¹ *If you've been sexually harassed or assaulted write 'me too' as a reply to this tweet.*
RESPERS, Lisa (16 de octubre de 2017). *MeToo: Social media flooded with personal stories of assault.* CNN.
<https://edition.cnn.com/2017/10/15/entertainment/me-too-twitter-alyssa-milano>

El hashtag relanzado por Alyssa Milano se hizo viral y fue retuiteado más de 200.000 veces el 15 de octubre de 2017² y más de 500.000 veces al día siguiente³ y en *Facebook* hubieron más de 12 millones de entradas las primeras 24 horas⁴.

Hay que referirse necesariamente al gran número de artistas, profesionales de los medios de comunicación y celebridades que se volcaron en el movimiento⁵, expresando con el hashtag que también habían sufrido acoso sexual en el desarrollo de su vida profesional, hecho que, con toda seguridad, actuó como dinamizador viral de la iniciativa.

La referencia al movimiento *Me too* se sustenta en que los delitos relativos a la denuncia viral, cobraron una gran importancia ante la opinión pública mundial y, en igual medida en España, pese a la existencia previa de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 184 del CP bajo la tipificación de acoso sexual, si bien las denuncias origen del movimiento también incluyen el tipo penal de abuso sexual.

Lejos del efecto mediático producido por el movimiento *Me too*, señalar el antecedente, también mediático, en nuestro país. del llamado “caso Nevenka”, referido al acoso sexual del alcalde de Ponferrada sobre la teniente de alcalde de Hacienda Nevenka Fernández y que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1/2002 de 29 de mayo de 2002 que condenó al alcalde como autor de un delito de acoso sexual a la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de veinticuatro euros (24 euros) y a la indemnización por todos los conceptos en la cantidad de 12.000 euros. La pena impuesta por acoso sexual fue rebajada por la STS 1460/2003, de 7 de noviembre, en el sentido que absolvió al autor de la comisión del subtipo agravado, y rebajó la pena de multa en tres meses, en las mismas condiciones impuestas por la sentencia de instancia.

La sentencia del Tribunal Supremo contuvo dos votos particulares formulados por los magistrados Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin y Excmo. Sr. D. Diego Ramos

² loc. cit.

³ SINI, Rozina (16 de octubre de 2017). 'MeToo' and the scale of sexual abuse. BBC News. <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-41633857>.

⁴ More than 12M 'Me Too' Facebook posts, comments, reactions in 24 hours. CBS News. <https://www.cbsnews.com/news/metoo-more-than-12-million-facebook-posts-comments-reactions-24-hours>.

⁵ RIFE, Katie. An incomplete, depressingly long list of celebrities' sexual assault and harassment stories. The A.V. Club. <https://www.avclub.com/an-incomplete-depressingly-long-list-of-celebrities-se-1819628519>

Gancedo, votos particulares ambos en favor de la estimación del recurso de casación formulado por la víctima, respecto a la condena por delito de lesiones atendiendo a la gravedad de la depresión sufrida por la víctima como consecuencia del delito de acoso sexual.

Si bien no con la repercusión mediática del movimiento *Me too*, la sentencia del caso Nevenka tuvo un fuerte impacto en la opinión pública española, siendo el primer antecedente de condena por acoso sexual en el ámbito laboral y respecto a una figura política de relevancia.

II. ANÁLISIS A PARTIR DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL, APROBADO EN FECHA 25 DE AGOSTO DE 2022.

Tal como hemos expresado, la denuncia del movimiento *Me too* se refiere al delito tipificado en el art. 184 del CP como acoso sexual, aunque como hemos anunciado, las denuncias relacionadas con el movimiento también incluyen el tipo penal de abuso sexual, dependiendo del posible consentimiento a la proposición por parte de la víctima.

El proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual aprobado finalmente por el Congreso de los Diputados en fecha 25 de agosto de 2022, modifica el artículo 184 CP que queda redactado como sigue:

«Artículo 184.

*1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o **análoga**, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.*

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito 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 prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.

3. Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2.

4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

(En negrita las modificaciones respecto a la anterior redacción del art. 184 CP).

El legislador ha modificado el precepto, tanto en las acciones de las dinámicas comisivas, que se consideraran delictivas, como en el aumento de la punibilidad.

Así, se incrementan las presuntas conductas acosadoras y se amplía el abanico de los sujetos activos del delito, incrementando el castigo al llamado “acoso horizontal” o entre personas iguales, en el sentido de que ocupan un mismo status en el centro de trabajo docente o análogo, aumentando la pena e implementando una pena accesoria de inhabilitación sin precisar un requisito adicional de prevalimiento a pesar de que continua siendo para el legislador, de mayor gravedad, cuando se cometen las mismas acciones desde una posición de poder sobre la víctima.

Las penas previstas ya no se consideran tan nimias o insignificantes, como eran criticadas por ciertos sectores en las anteriores versiones del código penal, pues en la mayoría de los casos, además de la pena principal, cobra especial relevancia la pena

accessoria de inhabilitación, que no es alternativa ni potestativa, sino preceptiva, en el nuevo redactado del precepto.

Las últimas demandas sociales y las opiniones vertidas por parte de la doctrina, que venían reclamando mayor punibilidad para este tipo de acciones, han encontrado respuesta en la reforma, que ahora sí, ampliado el precepto, se han contemplado unos supuestos que tenían, por un lado, un encaje punible deficitario y, por otro, se han ampliado a supuestos que no se contemplaban, me refiero en concreto, al apartado 3 y 5 del nuevo precepto.

Según algún sector doctrinal, la única modalidad de acoso como figura delictiva, atendiendo a la punibilidad y requisitos exigidos en el tipo, es la prevista en el párrafo segundo del precepto, conocida como “acoso vertical” o “chantaje sexual”.

En opinión de este sector doctrinal “esta segunda infracción, la agravada, debería ser la única que debería permanecer en ese contexto delictivo como “genuino atentado de dicha naturaleza a la libertad sexual de las personas, en si misma dotada de la suficiente entidad penal como para ser criminalmente sancionada a tales efectos”⁶.

Pero lejos queda la figura genérica básica de acoso introducida en el CP 1999, el proyecto recientemente aprobado, tiene a mi juicio, una visión acertada de futuro y el legislador, sin modificar la esencia, ha dado un paso en la regulación del tipo delictivo, que debe ser acogido positivamente.

Procede un análisis, aunque no exhaustivo, de los cambios introducidos.

El bien jurídico protegido sigue siendo, la libertad sexual, al igual que en todos los delitos tipificados en el título VIII, del Libro II CP.

El tipo penal básico previsto en el art. 184.1 CP castiga al 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, o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La primera novedad introducida en el apartado 1 del precepto, consiste en una ampliación del ámbito donde puede realizarse el tipo penal, mediante el término

⁶ CARMONA SALGADO, Concepción. Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso. Vlex, 2018.

“análoga”, término que pretende alcanzar supuestos no previstos expresamente en la norma, con el carácter futurible de *numerus apertus*.

En cuanto a la modificación respecto de la punibilidad, no solo se prevé un incremento de la pena -prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses- sino que se introduce una nueva pena accesoria, no prevista con anterioridad, consistente en la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

El tipo penal de acoso, en relación a la punibilidad, ya no puede considerarse de escaso reproche penal, sin obviar que la propia ubicación sistemática del tipo -capítulo VI, capítulo VIII- conlleva automáticamente la aplicación de la disposición común a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 191 a 193 CP). En estas disposiciones comunes se regulan las siguientes cuestiones: requisitos de procedibilidad, aplicación de la libertad vigilada a estas infracciones, agravación de la responsabilidad para sujetos activos que son responsables de menores o personas con discapacidad, algunas cuestiones de responsabilidad civil y la medida de seguridad o cautelar de clausura temporal de locales.

El tipo básico sigue exigiendo para su realización la concurrencia de tres requisitos:

1. Ha de existir una pretensión traducida en una solicitud de favores de naturaleza sexual entre iguales, que puede ser verbal, escrita por insinuaciones o gestos y consiste en exteriorizar una pretensión o petición con un propósito sexual.
2. Debe existir entre la víctima y el autor una relación laboral, docente o de prestación de servicios habitual o continuada, habiéndose añadido la posibilidad de relación análoga.
3. Se exige como resultado, que la víctima, como consecuencia de la acción delictiva, se coloque en una situación objetivamente humillante, hostil o de hostigamiento o intimidación grave.

La STS 1460/2003, de 7 de noviembre ya estableció los elementos que deben concurrir para calificar una conducta de acoso sexual:

“1º.- La acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales.

2º.- Tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo como para un tercero.

3º.- El ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual.

4º.- Con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

5º.- Entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad.

6º.- El autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión”.

El léxico utilizado nos indica qué se considera por acción delictiva, consumándose el tipo por la simple solicitud de favores sexuales, de cualquier contenido, que se hace llegar a una persona de su mismo entorno laboral, docente, de prestación de servicios o análogo, sin ser exigible la concesión del favor por la destinataria, ya que, de concederse, podríamos estar ante la consumación de otro tipo penal.

La acción típica, como ya he mencionado anteriormente, se consuma con ese requerimiento, petición o solicitud y no exige el legislador siquiera que se verbalice, siendo suficiente que se exteriorice de manera directa e inequívoca, y tampoco exige que la víctima acceda, pero sí que provoque en la misma una situación de intimidación grave, hostil o de humillación y, por tanto, estamos ante un delito de resultado, cuya única prueba de cargo, en ocasiones, se reduce a la credibilidad del testimonio de la víctima, por lo que, en mi opinión, además de la intención dolosa del autor es necesario un resultado anímico en la víctima. En este sentido, no comparto la visión de un sector doctrinal que cataloga este delito como de mera actividad.

Sí que comparto la doctrina referida a la problemática concursal, especialmente con el delito de abuso sexual, ya que en relación a este delito (art. 181.3 y 182 CP) debe repararse en que el delito de acoso no requiere que el favor sexual haya sido consumado, basta con la solicitud, mientras que el delito de abuso sí que exige la existencia de esos abusos. Podría pensarse que como en ambos casos está comprometida o afectada la autodeterminación sexual habrá que concluir que se trata de un concurso de normas que se resuelve por el principio de consunción (art. 8.3 CP), puesto que el delito de abuso

sexual consume al delito de acoso. No obstante, cuando los hechos se desarrollen en planos temporales y pueda afirmarse la existencia de distintas acciones, no será un concurso de normas sino un concurso real de delitos⁷.

La STS 349/2012, de 26 de abril determina lo que debemos entender como una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante afirmando que *“el tipo penal no requiere que la víctima sucumba y padezca más trastornos que la mera ubicación en una situación que merezca aquellas calificaciones. Existe responsabilidad penal, aunque la entereza de la víctima le permita afrontar sin otros daños la situación indicada. Desde luego no es necesario que como efecto de dicha situación la víctima padezca estrés alguno, por más que en el caso que juzgamos además concurra éste”*.

Siguiendo con el análisis del precepto, la parte subjetiva del tipo exige dolo, no siendo posible la comisión por imprudencia. El dolo debe abarcar todos los requisitos enumerados, siendo posible la modalidad de comisión por dolo eventual.

Respecto a la nueva regulación del subtipo agravado del art. 184.2 CP, la novedad principal respecto a la anterior regulación, reside en la introducción como víctimas a los sometidos a guarda o custodia del autor y, siguiendo el criterio de punibilidad establecida en el tipo básico, el legislador ha procedido a un aumento de la duración de la pena de prisión de uno a dos años, así como la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad, de dieciocho a veinticuatro meses.

El apartado 3 del art.184 constituye una importante novedad, estableciendo un nuevo subtipo agravado relativo a la protección de víctimas acogidas en centros de detención, custodia o acogida, castigando con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, salvaguardando el concurso de normas (art. 8.1 CP) en el supuesto previsto en el art. 443.2 CP respecto a los funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, con lo que este precepto será de aplicación a los centros que no tengan la condición de instituciones penitenciarias o centros de protección de menores (comisarias y otros centros de detención, centros de acogida de inmigrantes, centros de menores...).

⁷ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y GRANADOS PÉREZ, Carlos, Manual de Derecho Penal, Tomo II, Ed. Aranzadi, 2018.

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),
septiembre de 2022.**

El nuevo apartado 4 se corresponde con el anterior apartado 3 pero aumentando la punibilidad respecto a las víctimas de especial vulnerabilidad, por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, estableciendo la pena del tipo básico en su mitad superior.

Por último, la mayor novedad de la reforma en cuanto al delito de acoso sexual reside en la previsión regulada en el apartado 5 del art. 184, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a lo establecido en el art. 31 bis CP y la posibilidad de imponer, a la persona jurídica, las penas, consideradas todas ellas como graves, establecidas en el art. 33.7 CP.

A título indicativo, en referencia al caso Nevenka citado, hubiera podido ser imputada en la instrucción, la Administración Pública dirigida por la autoridad condenada.

La STS 830/2014, de 28 noviembre condenó por responsabilidad civil subsidiaria a una conocida entidad de centros comerciales a indemnizar a una víctima de acoso sexual, empleada en uno de sus centros, por parte de uno de sus superiores, en la cantidad de 75.000 euros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considero de interés reproducir parcialmente la motivación de tal condena:

“*SEXTO*

En realidad, el motivo que debe ser analizado con mayor profundidad en lo tocante a este recurrente (persona jurídica), es el motivo cuarto que, bajo el amparo de estricta infracción legal, denuncia la infracción del art. 120.4º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , censurando la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad civil subsidiaria.

Se queja de que el delito no se ha cometido en el desempeño de las obligaciones y funciones o servicios laborales del acusado en el marco de su dependencia con Mercadona.

El art. 120, apartado 4º, del Código Penal dispone que serán responsables civiles subsidiarias: «Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

Según resulta de la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias como la 84/2009, de 30 de enero (RJ 2009, 441) y 85/2007, de 9 de febrero (RJ 2007, 800) , entre muchas otras), declara que para que pueda entrar en juego la clase de responsabilidad de que aquí se trata, exigen: a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c), consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo.

...

Por lo demás, el acoso laboral significa, como su nombre indica, que el delito se produjo en el ámbito empresarial de la entidad recurrente.

La inexistencia del establecimiento de controles a los empleados que dirigen la tienda supone el primer módulo para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa.

Además, en el caso enjuiciado, no puede decirse que la acción delictiva fuera puntual o episódica, sino más bien muy prolongada en el tiempo, lo que significa que cualquier tipo de control brilló por su ausencia.

*Ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo de cómo hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que **no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado Pedro Enrique y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta in eligendo o in vigilando, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria.***

Es evidente, que con la nueva redacción no estaríamos ante una responsabilidad civil subsidiaria, sino ante una responsabilidad penal, con las consecuencias a las que ya alude la sentencia del alto tribunal transcrita.

III. CONCLUSIONES.

La primera conclusión debe formularse a modo de pregunta: ¿Ha influido el movimiento Me too en la reforma del art. 184 CP?

Según mi opinión, y volviendo al inicio de la ponencia, si bien ya existía el tipo delictivo en el ordenamiento jurídico español, el movimiento Me too ha puesto en las páginas de toda la prensa nacional e internacional y en los medios de comunicación audiovisuales, el delito de acoso sexual en los ámbitos laborales y profesionales, de la misma manera que el movimiento “No es No” ha tenido idénticas consecuencias respecto al delito de abusos sexuales y, si bien no procede una afirmación rotunda, sí que a mi entender ha movilizado una reforma desde largo tiempo esperada.

A pesar, como ya se ha expresado, de una rotunda calificación positiva de la reforma, permanecen los problemas comunes a todos los tipos delictivos de carácter sexual respecto a la prueba de cargo, la cual, en numerosas ocasiones, sigue siendo la declaración de la víctima, siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial previa a la reforma, constituyendo especial referencia la STS 695/2020, de 16 de diciembre respecto a la denominada “declaración progresiva de la víctima”, siendo de utilidad la figura del derecho anglosajón *victim impact statements* (declaración por escrito de la víctima), en referencia a la prueba de único testigo.

Apuntar, a mi juicio, una nota negativa en la reforma, referida a la exigencia del tipo básico en cuanto a que la relación entre autor y víctima debe ser continuada o habitual, cuando, según mi opinión, también debieran estar incluidas en el tipo delictivo las relaciones temporales o puntuales, dependiendo en todo caso, de la repercusión emocional o psíquica en la víctima.