

ACOSO SEXUAL Y DERECHO PENAL

Antonio Bascañán Rodríguez ¹

1. Introducción.

Estas páginas tienen por finalidad comentar críticamente una tendencia legislativa relacionada con el fenómeno social denominado “acoso sexual”² que se basa en las dos tesis siguientes:

- (1) que el acoso sexual sería definible como una clase específica de coerción sexual, caracterizada por la especial naturaleza de los medios coercitivos utilizados;
- (2) que el acoso sexual así definido constituiría una variedad de atentado contra la autodeterminación sexual, punible como un delito sexual específico, junto con la violación, el estupro y los abusos sexuales (o “abusos deshonestos”, en la terminología del Código Penal chileno).

Esta concepción ha dado origen al surgimiento del delito de acoso sexual en el nuevo Código Penal español (1995), en los siguientes términos:

“Art. 184. El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí 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 la pena de veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.”³

¹Instructor del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

²El término “acoso sexual” es la traducción castellana de la expresión inglesa sexual harassment -la forma verbal correspondiente (to harass) significa hostigar-, cuya transformación en categoría conceptual jurídica bien puede ser referida a la obra de Catherine Mackinnon, *Sexual harassment of working women*, New Heaven, 1979.

³Código Penal, Ley orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, Ed. Tecnos, Madrid 1995, págs. 64-65. El origen de esta norma es incierto, ya que no se encuentra una disposición semejante en los proyectos que antecedieron al Código (1980, 1983, 1992, 1994). Eso sí, al menos un autor había propuesto establecer un tipo autónomo para el acoso sexual, pero en términos diferentes del precepto legal actualmente vigente. El Magistrado del Tribunal Supremo español, José Augusto de Vega Ruiz, propuso tipificar el delito de acoso sexual mediante la siguiente fórmula “El acoso reiterado y no querido por un particular a cualquier persona en demanda de solicitud sexual, acompañada de gestos, expresiones, tocamientos y otros actos inequívocos no

En Chile, esta tendencia aún no se ha materializado en una norma legal vigente, pero podría encontrarse en camino de hacerlo. En su versión aprobada en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados, el proyecto de reforma del Código Penal y otros cuerpos legales en materia del delito de violación (Boletín N° 1048-07) incluía una disposición destinada a introducir el delito de acoso sexual dentro del párrafo 6 del Título VII del Libro Segundo del Código Penal, a continuación de los delitos de estupro y abusos deshonestos mediante el siguiente precepto:

“Artículo 366. El que abusando de la autoridad que le confiere su función o empleo, pretenda, mediante amenazas o presiones indebidas, obtener prestaciones sexuales de otra persona, sufrirá la pena de prisión en cualquiera de sus grados a presidio menor en su grado mínimo.”⁴

Esta disposición ha sido eliminada del proyecto por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, la que consideró que la regulación de esta materia correspondía más al Derecho del Trabajo que al Derecho Penal.⁵ Como todavía no se encuentra terminado el segundo trámite

encuadrados en el artículo 430, será castigado...” (*El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991, pág. 50; la remisión al Art. 430 del antiguo C.P. español es al delito equivalente a nuestros abusos deshonestos graves).

⁴Art. 1° N° 15 (Oficio N° 744, de 2 de agosto de 1995, págs. 5-6). Esta disposición no figuraba en el proyecto originalmente presentado por mensaje del Presidente Aylwin (29 de Julio de 1993) ni tampoco en las indicaciones formuladas más tarde por el Presidente Frei (6 de Diciembre de 1994). Su incorporación al proyecto fue obra de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (Art. 1° N° 14, según el texto del Primer Informe de la Comisión, de 10 de Mayo de 1995, pág. 60). Cabe señalar que con anterioridad a esta decisión de la Comisión había sido presentada a la Cámara una moción sobre acoso sexual por parte de los Diputados, señoras Cristi, Pollarolo y Prochelle, y señores Elizalde, Silva, Ascencio, Aguiló, Letelier, Errázuriz y De la Maza (Boletín 1419-07). Esta moción no era de carácter preferentemente penal, sino más bien administrativo y laboral, y en todo caso sancionaba el acoso sexual como una falta, conjuntamente con la denuncia o demanda por falso acoso sexual. La definición del acoso sexual que se proponía consagrar en una norma laboral (nuevo Art. 171 bis del Código del Trabajo) era del siguiente tenor: “Para los efectos de este Código, se entenderá que un trabajador es objeto de acoso sexual en su empleo cuando su empleador, un representante (sic) de éste, o un superior jerárquico del afectado le solicite verbal o gesticularmente relaciones sexuales, contacto sexual o cualquier otra forma de actividad sexual que conlleve una promesa implícita o expresa de otorgarle un tratamiento preferencial en el empleo o una amenaza implícita o expresa de infringirle (sic) un tratamiento perjudicial” (Art. 5°). La decisión de la Comisión de estudiar conjuntamente el proyecto iniciado por mensaje presidencial con algunas mociones existentes sobre la materia, entre las cuales se encontraba este proyecto sobre acoso sexual, habría sido el origen de la propuesta de reforma actualmente en tramitación ante el Senado (Primer Informe de la Comisión, cit., pág. 2).

⁵Primer Informe de la Comisión, de 22 de Enero de 1997, págs. 46-49.

constitucional de este proyecto, y habrá muy probablemente tercer trámite constitucional en una Comisión Mixta, resulta de interés examinar las interrogantes de política criminal que suscita una disposición como la incluida en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados.

En lo que sigue, intentaré demostrar que la primera tesis que sirve de fundamento a esta concepción de un delito de acoso sexual es insuficiente como estrategia de política jurídica, porque restringe el concepto jurídico a sólo una de las manifestaciones de éste fenómeno en el marco de la vida social. Asimismo, sostendré que la segunda tesis es incongruente con los presupuestos sistemáticos de la protección penal de la autodeterminación sexual, y que prejuzga inadecuadamente la solución de importantes problemas que presentan los delitos contra la libertad. En virtud de estas razones, concluiré que el modelo de regulación penal del acoso sexual compartido por el nuevo Código Penal español y el proyecto de la Cámara de Diputados es político-jurídicamente inconveniente, por lo que debe ser rechazado.

2. El concepto de acoso sexual como coerción bajo amenaza.

La mayor dificultad que enfrenta el tratamiento penal del acoso sexual es la extrema vaguedad de esta noción, tal como se la maneja en los tres ámbitos que han servido de impulsores de su regulación jurídica, la jurisprudencia angloamericana, la reglamentación de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho comunitario europeo.⁶

La vaguedad de esta noción se explica por diversas razones, entre las cuales se encuentra su procedencia de una cultura jurídica asistemática -en el sentido de la dogmática continental- y su acogimiento en ámbitos jurídicos como el del derecho del trabajo o el derecho internacional, en los cuales la exigencia de claridad y precisión en la definición de la conducta prohibida no tiene tanto peso como el que tiene -o debe tener- en el ámbito penal, en virtud del mandato constitucional de determinación derivado del principio de legalidad.

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

⁶ Para una visión de conjunto, desde la perspectiva del derecho del trabajo, José Fernando Lousada Arochena, *El Derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Granada 1996. También instructivo por su claridad y concisión, Julio J. Martínez Vivot, *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires, 1995. Un resumen incisivo del desarrollo jurisprudencial de esta noción en los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido puede verse en Janet Dine y Bob Watt, "Sexual harassment: Moving away from discrimination", en: *The Modern Law Review*, 58 (1995), págs. 343 ss.

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.⁷ 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.⁸

Esta forma de fundamentar la antijuridicidad del acoso sexual es altamente implausible. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, es claro que el hecho que la víctima sea escogida por su condición sexual no implica que su asedio u hostigamiento sea un acto de discriminación, un atentado contra el principio de igualdad, tal como no lo sería su homicidio o mutilación, aunque fueran cometidos en razón de ser la víctima una mujer.⁹ Sólo el abandono de esta fundamentación puede conducir a una mejor precisión de la conducta que se pretende prohibir o considerar como prohibida.

Un paso interesante en este sentido es la distinción efectuada por el derecho comunitario europeo entre el acoso sexual coercitivo y el acoso sexual ambiental.¹⁰ El primero -también denominado impropriamente como chantaje

⁷ (S Ct., 1986) 477 US 57.

⁸ La fundamentación de esta tesis procede de la obra de Catherine Mackinnon citada en la nota 2.

⁹ Tal como lo sostiene una sentencia de una Corte de Apelaciones canadiense: "El acoso sexual es tan diferente de la discriminación como lo es el maltrato de la elección al azar. La víctima del maltrato puede haber sido escogida al azar tal como la víctima del acoso sexual puede haber sido escogida en razón de una distinción categorial, pero es un sinsentido decir que el maltrato es selección al azar tal como carece de sentido decir que el acoso sexual es discriminación" (citada en Dine y Watt, op. cit., pág. 351).

¹⁰ Resolución del 29 de mayo de 1990 del Consejo de las Comunidades Europeas, cuyo texto es el siguiente: "Se recomienda que los Estados miembros adopten iniciativas para promover el reconocimiento de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices y que resulta inaceptable si: (a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; (b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) son utilizadas en forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo y a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y/o. (c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma". Esta recomendación se basa en el texto conocido como "Informe Rubinstein" (Michael Rubinstein, La dignidad de la mujer en el trabajo. Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, OIT, Octubre de 1987), en el cual define el acoso sexual como

sexual¹¹- es concebido como el condicionamiento de expectativas laborales a la satisfacción de intereses sexuales del empleador o superior jerárquico en el empleo. El acoso sexual ambiental, que corresponde al concepto originario de la jurisprudencia angloamericana, no presupone en el acosador el propósito de obtener coercitivamente la satisfacción de sus intereses sexuales, sino que alude al carácter ofensivo de acciones o comentarios de significación sexual que por su reiteración y carácter son idóneos para crear un medio laboral hostil o humillante para la víctima.

Tomando en consideración lo expuesto, podemos distinguir las siguientes cuatro hipótesis, que recogen en conjunto la problemática relevante del fenómeno denominado como “acoso sexual”:

- (1) acoso sexual es 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;
- (2) acoso sexual es 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;
- (3) acoso sexual es la realización reiterada de acciones, comentarios o alusiones de carácter sexual en el medio laboral, efectuada a sabiendas de su ofensividad para otro, demostrando con ello un menosprecio de la dignidad del ofendido;
- (4) acoso sexual es la hostilización de una persona en su medio laboral, mediante las acciones descritas en los casos (2) y (3), ejecutada con el propósito adicional de determinar a la persona hostilizada a abandonar su medio laboral.

La hipótesis (1) corresponde al concepto de acoso sexual coercitivo. Las

“toda conducta verbal o física de connotación sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima”, y se sostiene que debe ser considerado ilegal cuando “a) el rechazo o la aceptación de tal conducta se utilice o invoque como amenaza para fundar una decisión que afecta su empleo o condiciones de trabajo, b) la víctima cuenta con un fundamento válido para quejarse de que tal conducta ha perjudicado su ambiente de trabajo”. (Referencias tomadas de Lousada, op. cit., págs. 35 y 39).

¹¹Por “chantaje” (palabra derivada del francés “chantage”) se entiende en sentido propio un caso especial de coerción mediante amenaza, caracterizado por la particular naturaleza del medio empleado y el fin perseguido: en el chantaje se amenaza con revelar información confidencial para obtener un provecho patrimonial. Ninguna de estas dos características se cumplen en el acoso sexual. La víctima del chantaje debe pagar dinero para asegurar el silencio; en cambio, la víctima del acoso sexual coercitivo debe realizar un acto sexual para no sufrir un perjuicio relacionado con su actividad laboral.

otras tres representan especificaciones del concepto de acoso sexual ambiental, basadas en la existencia de un propósito sexual ulterior (2), o de un propósito coercitivo ulterior de naturaleza laboral y no sexual (4),¹² o, por último, en la inexistencia de propósitos ulteriores relevantes, es decir, en el acoso ambiental puro y simple (3).

Desde el punto de vista del concepto dogmático-penal de coerción, es obvio que el único caso directo de coerción es el de la hipótesis (1), en su manifestación concreta de solicitud bajo amenaza. La hipótesis (4) es también, desde el punto de vista del propósito perseguido, un caso de coerción -esto es lo que la hace especial frente a las hipótesis (2) y (3)-; pero lo que aquí no es seguro es la calificación de "violencia" o "amenaza" del medio coercitivo empleado, consistente en crear un ambiente hostil.¹³ Tratándose de las hipótesis (2) y (3), también es posible concebirlas parcial o indirectamente como supuestos de coerción,¹⁴ pero en ellas lo relevante no es el constreñimiento de la voluntad ajena -la obtención de un comportamiento indeseado por parte del acosado-, sino la realización de un comportamiento ofensivo por parte del acosador.

Es claro, en consecuencia, que la concepción del acoso sexual como coerción bajo amenaza, característica del modelo español de regulación y del texto aprobado por la Cámara de Diputados, sólo alcanza a comprender la hipótesis (1). Es además manifiesto que esto no es una muestra de la precisión conceptual de los legisladores español y chileno, sino más bien una demostración de la insuficiencia de este modelo regulativo para abarcar en toda su extensión

¹²Esta hipótesis corresponde al caso crucial de la jurisprudencia del Reino Unido sobre acoso sexual (*Porcelli v. Strathclyde Regional Council* [1986] ICR 564), en el cual dos técnicos de laboratorio sometieron a la Sra. Porcelli a continuos tratos verbales y gestuales obscenos, con el fin de determinarla a dejar su puesto en el laboratorio.

¹³Este es un caso de *vis compulsiva* no conminatoria, es decir, de irrogación actual de mal (alteración del ambiente) que no sirve para reforzar la perspectiva de un mal futuro cuya evitación es presentada como comunicacionalmente dependiente del curso de comportamiento que adopte la víctima. Semejante medio comisivo no puede ser subsumido sin más bajo el concepto de violencia, que cubre paradigmáticamente los casos de *vis absoluta*, ni bajo el concepto de amenaza, que supone una dependencia comunicacional -simétrica o asimétrica- entre el comportamiento futuro del coaccionador y el del coaccionado.

¹⁴ Por ejemplo, si se considera que en la hipótesis (2) se busca un asentimiento basándose en la conjetura que para la víctima resulta en más indeseable el asedio permanente que un contacto sexual puntual (este sería un caso de *vis compulsiva* conminatoria, susceptible de ser calificado como amenaza). Tratándose de la hipótesis (3), ciertas acciones podrían ser consideradas como casos de coerción mediante *vis absoluta* -por ejemplo, tocamientos fugaces-, y en general es posible considerarlas como supuestos en que se constriñe al acosado a tolerar -en un sentido muy amplio- la acción del acosador.

el fenómeno del acoso sexual.

Al declarar como jurídicamente relevante sólo el así denominado “acoso sexual por chantaje”, este modelo de regulación deja en la más absoluta indefinición el tratamiento jurídico penal del así denominado “acoso sexual ambiental”, incluso en aquellos casos en que esta modalidad tenga una finalidad coercitiva ulterior, como la de constreñir a abandonar el trabajo. Ello, en circunstancias que como se ha visto, el acoso sexual ambiental constituye el supuesto primordial del desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta institución.

No cabe, pues, engañarse en lo que respecta a la idoneidad de este modelo de regulación como solución legal para el problema social del acoso sexual. Atendida la evolución experimentada por esta noción en la jurisprudencia angloamericana y el derecho comunitario europeo, es claro que circunscribir su tratamiento legislativo al caso de la coerción sexual bajo amenaza de irrogar un mal laboral implica mutilar el concepto de acoso sexual y desconocer por esa vía el supuesto problema que se pretende resolver.

3. El tratamiento del acoso sexual coercitivo como agresión sexual.

En la sección anterior se expuso cuan incorrecto resulta reducir el ámbito del acoso sexual al caso de la coerción mediante amenaza de irrogar un perjuicio relacionado con las condiciones de trabajo del coaccionado. En esta sección corresponde examinar cuán incorrecto resulta regular el caso coercitivo de acoso sexual como un delito contra la autodeterminación sexual, análogo a los delitos de violación, estupro ó abusos deshonestos.

Las distintas hipótesis típicas que conforman el sistema de los delitos contra la autodeterminación sexual¹⁵ son de tres clases: hipótesis de coerción, hipótesis de abuso de incapacidad de resistencia o de autonomía e hipótesis de seducción abusiva. Las dos primeras hipótesis se refieren a víctimas de cualquier edad; la tercera se encuentra por el contrario restringida a víctimas menores de edad pero mayores de doce o catorce años, es decir, personas cronológicamente púberes pero que aún no son adultos.

¹⁵ Para efectos de este análisis, los abusos sexuales cometidos contra menores de doce o catorce años no son atentados contra la autodeterminación sexual sino atentados contra la indemnidad sexual. La diferencia entre unos y otros se encuentra en la relevancia del asentimiento del menor para la atipicidad de la conducta, procedente en los primeros e improcedente en los segundos. Hasta dónde ambos grupos de delitos pueden ser considerados como subclases de una misma categoría sistemática de la Parte Especial, esa es una interrogante que aún espera una respuesta adecuada de la dogmática penal.

En el sistema de la Parte Especial, las hipótesis de coerción sexual¹⁶ constituyen tipos especiales respecto de los tipos genéricos de coerción,¹⁷ siendo estos últimos delitos contra la libertad. La especialidad de las coerciones sexuales radica, en primer lugar, en la particularidad del comportamiento de la víctima que es objeto de coerción, el cual consiste en realizar o tolerar la realización de acciones de significación sexual. Pero las coerciones sexuales no son sólo tipos especiales, sino también tipos calificados, cuya comisión acarrea una pena sensiblemente más severa que la que de otro modo correspondería imponer en virtud del atentado a la libertad.¹⁸ De aquí que sea correcto fundamentar este trato especialmente severo en consideraciones adicionales, referidas a un mayor disvalor de injusto concretado en el uso de medios comisivos especialmente graves.

Tal es el caso del concepto “intimidación”, que es interpretado por la doctrina más autorizada en un sentido restringido, como amenaza especialmente grave, atendiendo a los dos criterios básicos que hacen de la conminación de un mal un medio coercitivo, y que son la entidad del mal conminado y la proximidad de su irrogación. De este modo, por “intimidación” cabe entender la amenaza consistente en atentar inminentemente contra la vida o, de modo además grave, contra la integridad personal o la libertad.¹⁹

¹⁶ Es decir, la violación del Art. 361 inciso segundo N° 1 C.P. y los abusos deshonestos graves coercitivos (Art. 366 segunda parte C.P., por referencia al Art. 361 N° 1 C.P.). En el ámbito del delito de rapto, estas hipótesis corresponden al así denominado “rapto de fuerza” (Art. 358 inciso primero C.P.). También el primer supuesto de sodomía calificada (Art. 365 inciso segundo N° 1 C.P.) es un tipo de coerción sexual, aunque no sea evidente su carácter atentado a la autodeterminación sexual.

¹⁷ Es decir, la coacción violenta (Art. 494 N° 16 C.P.) y las amenazas condicionales (Arts. 296 Nos 1 y 2 o 297). La fundamentación de la consideración de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción paralelas a la coacción violenta puede consultarse en mi artículo “La coerción española en el marco de la codificación penal europea”, ADPCP, 1994, III, págs. 191 y ss.

¹⁸ Esto es así, en sistemas racionales de la Parte Especial. El sistema de los Libros Segundo y Tercero del Código Penal chileno no es racional en lo que respecta a esta materia, ya que: (a) asigna a la coerción genérica mediante amenaza una pena relativamente excesiva (Arts. 296 Nos 1 y 2 y 297 C.P.) (b) asigna a la coerción genérica mediante violencia una pena absolutamente insuficiente (Art. 494 N° 16 C.P.), (c) agrava la pena de los abusos deshonestos coercitivos de un modo incierto, ya que apela al menos nominalmente a criterios generales de determinación de la pena en vez de establecer explícitamente su calificación (Art. 366 segunda parte C.P.; sobre esto último, vid. *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, Tomo 38 [1982-1986], págs. 151 y ss.).

¹⁹ Entre nosotros, esta concepción restringida de la intimidación ha sido sostenida por Jorge Mera en términos aún más estrictos para el delito de robo en: “Hurto y Robo”, Cuadernos de análisis jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

En otras palabras, tratándose de una coerción de carácter sexual cometida haciendo uso de amenazas menos graves, la solución del sistema de la Parte Especial consiste en dejar su punición entregada a las reglas generales de protección de la libertad personal. En el caso del Código Penal chileno, esto significa que son aplicables los Arts. 296 N^{os} 1 y 2 o 297, según si el mal contra la persona, honra o propiedad que se amenaza es constitutivo de delito o no, respectivamente.²⁰

La tipificación de un delito especial de coerción sexual mediante amenaza menos grave, tal como lo es el modelo de regulación del acoso sexual que aquí se discute, rompe estas bases sistemáticas. La introducción de este delito transfiere contenidos de injusto del sistema genérico de protección de la libertad al sistema específico de protección de la libertad sexual, sin respetar el criterio

Nº 3, especialmente páginas 133 y ss. Desde una perspectiva de lege ferenda, cfr. "Protección Penal de los Derechos Constitucionales", Nº 3 de la Colección de Estudios de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, págs. 180 y ss. El alcance restringido de la amenaza como medio coercitivo de las coerciones sexuales (violación, coacción sexual) y patrimoniales graves (robo, extorsión calificada) es explícito en el Código Penal alemán, que desde 1871 limita este medio comisivo a la "amenaza con peligro actual para el cuerpo o la vida" (§§ 177, 178, 249, 275). En el marco de la discusión del Boletín 1048-07 en la Cámara de Diputados, se sostuvo en la Sala -sin suscitar objeciones- una interpretación amplia del concepto de intimidación, diametralmente opuesta a la aquí considerada como correcta. A propósito del texto aprobado por la Comisión, que incluía el prevalimiento como medio comisivo alternativo al engaño, el Diputado Sr. Espina sostuvo que el abuso de superioridad constituía un caso cubierto por el concepto de intimidación, el cual abarcaría un "espectro bastante grande" (Sesión 22a, 1º de Agosto de 1995). Esta aseveración es consecuencia de la tesis, también sostenida por el Diputado Sr. Espina, que el concepto de fuerza abarca tanto a la "fuerza física" como a la "fuerza moral". Puesto que ésta última abarca los casos de coerción mediante amenaza grave e inminente, se concluye que la intimidación correspondería a una fuerza moral más tenue o menos grave. Esta interpretación del término "fuerza" se basa en un error conceptual, consistente en entenderlo como sinónimo de "coerción" en vez de interpretarlo como designación de un medio coercitivo específico, equivalente a la violencia y alternativo a la intimidación. En todo caso, cabe hacer presente que semejante interpretación del término "intimidación" también haría superfluo el delito de acoso sexual, ya que éste sería en todo caso constitutivo de violación o abuso sexual mediante intimidación, en los términos del proyecto de la Cámara de Diputados. Notablemente, la Cámara de Diputados se convenció de la superfluidad del estupro de prevalimiento, en razón del argumento del Diputado Sr. Espina, pero al mismo tiempo aprobó entusiastamente el acoso sexual, creyendo con ello llenar un vacío legal.

²⁰ La misma solución contemplaba el Código Penal español antes de 1995 (Arts. 493 Nº 1, 494). Esta solución sería en abstracto también aplicable en el nuevo Código Penal español (Arts. 169 Nº 1, 170), si no existiera el delito especial de acoso sexual. Tratándose del Código Penal alemán, se aplica el delito de coacción (§ 240), cuya tentativa es punible.

de demarcación entre uno y otro.

La razón principal que subyace a esta decisión es, obviamente, de orden simbólico. Esta forma de tipificación del acoso sexual no hace punible la conducta, sino que simplemente cambia el título de incriminación, haciendo de un caso innominado de coerción una agresión sexual nominada. Para apoyar este juego de etiquetas se argumenta usualmente que tal es la mejor manera de contribuir a la prevención de la conducta, ya que su tematización por la norma penal es también un factor de considerable influencia en la interacción entre el subsistema sistema jurídico y el sistema social.

Aparte de la objeción expuesta en el apartado anterior -tipificar el acoso sexual como coerción sexual implica desconocer el acoso sexual-, es posible identificar al menos tres razones para contrarrestar tal fundamentación simbólica.

En primer lugar, que en un sistema racional de penalidades es prácticamente imposible determinar coherentemente qué pena habría de corresponder al acoso sexual, por oposición a la pena de la coerción genérica mediante amenaza y a la pena de las coerciones sexuales. Pretender que debería ser una pena intermedia entre aquélla y ésta es incorrecto, ya que el tipo genérico de coerción también abarca casos cometidos mediante amenazas graves y el tipo coerción sexual también abarca por su parte acciones sexuales de menor gravedad, y las penas de ambos deben hacer justicia a esta variedad de casos. En otras palabras, al mezclar menor disvalor de acción con mayor disvalor de resultado, el delito de acoso sexual no tiene lugar razonable en un marco penal diferenciado sobre la base del mayor disvalor de acción y de resultado de las coerciones sexuales.²¹

En segundo término, en todos los delitos sexuales la consumación del delito exige la realización de acciones de significación sexual. En consecuencia, desde la perspectiva de la acción coercitiva realizada por el autor, las coerciones sexuales son todas delitos de resultado.²² El modelo de acoso sexual que se

²¹ El examen del nuevo Código Penal español es sumamente instructivo sobre este aspecto. En este texto, el trato privilegiado de la pena del acoso sexual frente a las penas de las agresiones sexuales llevó a que la pena del acoso sexual fuera inferior incluso a la pena de las amenazas condicionales. O sea, hoy en día en España es menos grave constreñir a un empleado a mantener relaciones sexuales que constreñirlo a entregar una información, si la amenaza para su negativa ha consistido en despedirlo. No tiene mayor sentido plantear este problema en el actual sistema de penalidades chileno, por las razones arriba aducidas (vid. nota 16). En todo caso, conforme a los términos del proyecto de la Cámara de Diputados, si el acosador llegara a obtener su propósito sexual, se vería notoriamente beneficiado, al igual que en España: en vez de la pena actual, que llega hasta los 5 años de reclusión (Art. 297 C.P.), la sanción del acosador sólo llegaría hasta los 540 días de presidio.

²² Usualmente se afirma que los delitos sexuales son delitos de mera actividad. Esto es así, porque se los considera desde la perspectiva de la acción sexual que ha de ser realizada por el autor y no desde la perspectiva de la acción de constreñir a otro a

crítica es, por el contrario, un delito de resultado cortado, ya que para su consumación no se requiere que la víctima efectúe la prestación sexual solicitada, sino que basta la pura sollicitación más la formulación de la amenaza. Esto significa, en relación con los demás delitos sexuales, adelantar la punición del *iter criminis*, tratando como consumación una etapa de desarrollo en abstracto equivalente a la tentativa acabada. Esta anomalía permite contemplar, desde diversos ángulos, cuán disfuncional sería esta figura de acoso sexual en el marco de los delitos sexuales:

- (a) Por regla general, el sistema jurídico-penal chileno adelanta la punición a fases previas a lo que debería ser la consumación del delito cuando se trata de atentados estimados como especialmente graves. Así lo hace hoy en día, por ejemplo, tratándose del delito de violación.²³ En este caso estaríamos en presencia de la utilización de la misma técnica, pero para un delito manifiestamente considerado como una figura menos grave, y, cosa notable, al mismo tiempo que se suprime su utilización para el caso grave. El proyecto de la Cámara de Diputados contempla la supresión de la punición especial de la tentativa de violación, con el fin de permitir que ésta se rija por las reglas generales del *iter criminis*.
- (b) ¿Cómo debería tratarse la efectiva realización de la acción sexual exigida bajo amenaza menos grave? En el marco de este delito de acoso sexual, el cumplimiento de la condición impuesta bajo amenaza no tiene otra relevancia que la que quiera asignarle el juez según las reglas de determinación de la pena. La única forma de hacer valer obligatoriamente el *plus* de injusto representado por el disvalor de resultado sería acudir al tipo de las amenazas condicionales del Art. 297.²⁴ O sea, para hacer valer la dimensión penal de la lesión de la libertad sexual, habría que volver a los delitos genéricos contra la libertad.

tolerar esa acción. En tanto el medio coercitivo sea la amenaza, toda coerción es delito de resultado, si el texto legal exige la realización del comportamiento constreñido para la consumación del delito.

²³ Esta interpretación del Art. 362 C.P. como regla de punición de la tentativa de violación como delito consumado se opone a otra, que considera como “principio de ejecución” el principio de penetración genital de la vagina. Esta segunda interpretación es político-criminalmente razonable, pero insostenible de lege lata (al respecto, vid. Antonio Bascañán Valdés, “El delito de abusos deshonestos”, Santiago, 1961, págs. 76 y ss.).

²⁴ Que conlleva una pena sensiblemente mayor que la asignada por el proyecto de la Cámara de Diputados al acoso sexual (vid. nota 20). En todo caso, el Art. 297 sólo podría ser considerado especial en razón del cumplimiento de la condición, argumento más que discutible.

Por otra parte, la desvinculación de la coerción sexual mediante amenaza menos grave del contexto del delito genérico de coerción mediante amenaza trae consigo consecuencias prácticas sumamente inconvenientes y político-criminalmente injustificables. Tratándose de la coerción mediante amenaza de mal no constitutivo de delito, la fundamentación de su incriminación y la determinación del carácter delictivo de cada caso concreto han constituido y siguen constituyendo problemas extremadamente arduos de resolver. En particular, el tratamiento de la coerción mediante amenaza de incurrir en una omisión -aspecto crucial en el contexto del acoso sexual- se ha demostrado especialmente intrincado. Cualquiera sea la forma específica en que se intente plantear y resolver este problema, su núcleo consiste en el hecho indesmentible que en el ámbito de la vida social las personas se ven permanentemente confrontadas a evaluar males o riesgos alternativos surgidos de la interacción con las demás personas, y elegir el menos grave, sin que nadie considere que tal opción sea el resultado de una coerción merecedora de pena.

Al extraer la coerción sexual mediante amenaza menos grave del marco de análisis de los delitos contra la libertad, el legislador prejuzga el carácter merecedor de pena de todos los supuestos en que se asocie una solicitud sexual a consecuencias desfavorables en caso de rechazo, sin fundamentar esa decisión en consideraciones relativas al único punto de vista que puede justificarlas, cual es, el carácter socialmente intolerable de una restricción de la libertad de opción. ¿Es éste el caso de la actriz a quien el productor deja en claro que sólo obtendrá un papel en la próxima producción si asiente a mantener relaciones sexuales con él? ¿O el de la joven asistente profesional a quien se hace ver que la participación en ciertos viajes de negocios supone promiscuidad con algunos de sus superiores? Si un empleador hiciera ver a un trabajador que su promoción laboral se vería considerablemente beneficiada (o perjudicada) si él lo mantuviera informado (o no lo hiciera) acerca de los comentarios que los demás trabajadores hacen de su gestión empresarial o de su persona, ¿aseveraríamos sin más que se trata de un caso de coerción punible del empleado?, es decir, ¿que el trato propuesto por el empleador constituye una restricción intolerable de la libertad de elección del trabajador? El modelo de regulación del acoso sexual que se comenta declara *a priori* el carácter atentatorio de la libertad de un trato semejante, si la prestación solicitada fuera sexual.

El conservador sostendrá que esas son conductas que atentan contra las buenas costumbres en el ámbito laboral, y la feminista, que representan atentados discriminatorios contra la dignidad del género femenino. Estas son, efectivamente, las consideraciones que sirven de base a la tematización explícita del acoso sexual en el sistema penal. Pero, como se comprenderá, si la conducta de acoso sexual es punible como una forma de coerción, tales consideraciones están completamente fuera de lugar. Lo que aquí debería ser examinado es, única y exclusivamente, si tal trato representa o no una restricción punible de la libertad de la víctima.

Atender a la significación sexual de la conducta solicitada para sostener el carácter coercitivo de la solicitud es una falacia, ya que esto último no depende de qué sea solicitado, sino de cómo se lo haga.

La tipificación del acoso sexual como coerción especial sustrae, pues, el tratamiento de la conducta del marco dogmático que le corresponde, prejuzgando la cuestión de la punibilidad en base a consideraciones irrelevantes respecto del bien jurídico -supuestamente- protegido. Detrás de esta aparente intensificación de la protección de la libertad se encuentra una nueva manifestación de la concepción de la moralidad pública -interpretada en clave conservadora o feminista- como objeto digno de tutela penal.

4. Conclusiones.

No debe malinterpretarse la crítica precedente, como si con ello se pretendiera negar sin más la relevancia del acoso sexual, o la conveniencia de una respuesta legislativa a este problema. Lo que aquí es objeto de rechazo es una forma determinada de dar esa respuesta, que constituye a mi juicio más bien una muestra de superficialidad legislativa que el producto de una auténtica estrategia de política jurídica.

Si se quiere enfrentar racionalmente el fenómeno del acoso sexual, entonces lo primero que debe examinarse es la necesidad político-jurídica de su regulación en el ámbito laboral. Este es el marco correcto en el cual cabría -si así se lo estima necesario- asociar consecuencias jurídicas específicas a la realización de conductas constitutivas de acoso sexual. En particular, cabría examinar el problema de la responsabilidad del empleador por actos de sus dependientes, y estudiar fórmulas de participación de los empleadores en la prevención del acoso sexual al interior de la empresa.

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 sistema jurídico-penal dispone -o debería disponer- de al menos cuatro títulos de incriminación para las distintas variedades de acciones que integran el complejo concepto de acoso sexual, y que son (a) las amenazas condicionales (Art. 297), (b) los abusos deshonestos (Art. 366), (c) la ofensa al pudor, transformable en delito de exhibicionismo o provocación (Art. 373), y (d) las injurias de hecho (Art. 416).²⁵

²⁵ En una aguda nota sobre el problema del acoso sexual, el Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba sostiene la necesidad de examinar el Código Penal para “sacar provecho de las innumerables virtualidades que laten en su seno”, antes de entrar a reformarlo (“¿Criminalizar el acoso sexual?”, en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 174, Diciembre de 1994, págs. 20-21). Dentro de estas posibilidades, menciona además de las amenazas condicionales las hipótesis de sollicitación sexual de los Arts. 258 y 259

Cada una de estas sedes de incriminación tiene su propia problemática específica, en torno a la cual cabe plantear la conveniencia de ciertas reformas legislativas. Pero, y esto es lo importante, cada una de ellas sirve de título punitivo a algunas conductas constitutivas de acoso sexual sólo en la medida en que éstas se ajusten a los parámetros genéricos de discriminación de lo penalmente relevante e irrelevante a propósito de la protección de la libertad, la autodeterminación sexual y del honor.

Así, lo que en el ámbito del derecho laboral, o en la jerga periodística o ideológico sea calificado de "acoso sexual" tiene que demostrar su lesividad para hacerse digno de punición, sin que ésta se prejuzge en virtud de consideraciones falaces.

C.P. y la idea del estupro de prevalimiento, desconocido por nuestro Código Penal en razón del proceder errático de la Comisión Redactora en esta materia. No me parece sin embargo que estas figuras obedezcan al principio de incriminación del acoso sexual. En los supuestos de sollicitación existe un abuso de poder respecto de personas ajenas al ambiente laboral del empleado público, cuya relevancia se fundamenta también en la infracción a los deberes del cargo. Tratándose del estupro, el abuso de posición prevalente sólo aparece como merecedor de pena en atención a la especial condición de la víctima, que es un menor de edad pero mayor de doce años sexualmente inexperto.