

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Problemas en cuanto a la tipificación del verbo rector y los elementos
normativos del delito de acoso sexual**

María Gabriela Hermosa Sánchez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del
título de Abogada

Quito, 15 de abril del 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Gabriela Hermosa Sánchez

Código: 00201759

Cédula de identidad: 1718831215

Lugar y Fecha: Quito, 15 de abril del 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al.(2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**PROBLEMAS EN CUANTO A LA TIPIFICACIÓN DEL VERBO RECTOR Y LOS ELEMENTOS
NORMATIVOS DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL ¹**

**PROBLEMS REGARDING TO THE TYPIFICATION OF THE NUCLEAR ACTION AND THE
NORMATIVE ELEMENTS OF THE SEXUAL HARASSMENT CRIME**

María Gabriela Hermosa Sánchez²
gaby7hs@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo tuvo por objeto desarrollar los problemas relacionados con los elementos de la tipicidad del delito de acoso sexual y sus implicaciones, que pueden derivar en la vulneración de bienes jurídicos protegidos a nivel legal y constitucional, como la libertad sexual, la dignidad y la integridad personal, que incluye la integridad sexual. Esta disertación pretendió demostrar la necesidad de una reforma del artículo del delito, dado que en el texto vigente se restringe el campo de aplicación del tipo penal quedando en la impunidad conductas que deberían sancionarse, o, caer en absurdos y sancionarlas en casos no justificados por la amplitud de sus términos. Los problemas encontrados se resumen en la ambigüedad del verbo rector, la imprecisión de los actos de naturaleza sexual, la restricción del tipo a las relaciones de subordinación, la vaguedad del término legítimas expectativas y la tipificación de los medios de comisión del delito.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, delitos sexuales, acoso sexual

ABSTRACT

This paper seeks to explain the problems related to the elements of the typicity of the sexual harassment crime and their implications, which can lead into violations of legal and constitutional rights, such as sexual freedom, dignity, and personal integrity, that includes sexual integrity. This study seeks to demonstrate the need of a reform of the article of the crime, as in the current text it is restricted the field of application of the law, making conducts that should be punished remain unpunished, or allow them to sanction in cases that it is not justified because of the wideness of its terms. The problems encountered can be summarized in the ambiguity of the nuclear action, the imprecision of the vagueness of the term acts of sexual nature, the limitation within the requirement of subordinate relationships, the ambiguity regarding to the concept legitimate expectations and the description of the ways of committing the crime.

KEYWORDS

Criminal Law, sex crimes, sexual harassment.

Fecha de lectura: 15 de abril de 2022

Fecha de publicación 15 de abril de 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Xavier Fernando Andrade Castillo.

² © DERECHOS DEL AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – **2. MARCO NORMATIVO.** – **3. MARCO TEÓRICO.** – **4. ESTADO DEL ARTE.** – **5. DESARROLLO.** – **5.1. ORIGEN DEL DELITO.** – **5.2. OPINIONES EN CONTRA DE LA TIPIFICACIÓN.** – **5.3. DEFINICIÓN DOCTRINARIA DEL ACOSO SEXUAL.** – **5.4. EL ACOSO SEXUAL EN EL COIP.** – **5.5. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.** – **5.6. DELIMITACIÓN ENTRE EL ACOSO SEXUAL Y LAS ACTIVIDADES ORDINARIAS DE FLIRTEO O COQUETEO.** – **5.7. PROBLEMAS RESPECTO DE LOS ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD DEL ACOSO SEXUAL.** – **5.7.1. VERBO RECTOR: SOLICITAR.** – **5.7.2. ELEMENTOS NORMATIVOS.** – **5.7.2.1. ACTO DE NATURALEZA SEXUAL.** – **5.7.2.2. RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN.** – **5.7.2.3. LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS.** – **5.7.2.4. TIPIFICACIÓN DEL MEDIO: CIBERACOSO.** – **5.8. AFECTACIÓN A LA SALUD EMOCIONAL.** – **6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

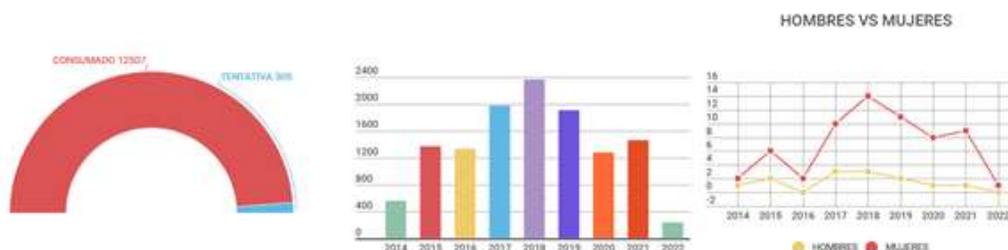
1. Introducción

El delito de acoso sexual, recogido en el artículo 166 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, consiste en la solicitud de actos de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaleciendo de una situación de superioridad frente a la víctima, bajo la amenaza de causar a la víctima un mal relacionado con sus legítimas expectativas en el seno de la relación de subordinación.

El presente tema cobra relevancia por cuanto desde la vigencia del COIP, se han presentado en Ecuador un promedio 315 denuncias por año, lo que resulta en una media de 26 denuncias mensuales, según la información proporcionada por el Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales, de la Fiscalía General del Estado. De igual manera, lo que manifiesta el gráfico respecto del sexo las víctimas del acoso sexual es que en son predominantemente mujeres.³

³ Ver Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales. Noticias del delito: Acoso sexual a nivel nacional. 2022. https://estudusfqedu-my.sharepoint.com/:x/g/personal/ghermosa_estud_usfq_edu_ec/EVp47D6swG5Nk2QdrfNW4hkB_2Z7o9ecKoLkqxX2dV4BLA?e=GLERqC

Noticias del Delito - Acoso sexual a nivel nacional



Fuente: Elaboración propia, a partir de Información proporcionada por el Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales, de la Fiscalía General del Estado, Ecuador. Muestra desde la entrada en vigencia del COIP 10 de agosto de 2014 hasta el 11 de marzo de 2022.

El tema no ha sido ampliamente desarrollado en la doctrina ecuatoriana, sin embargo, los problemas relacionados con la tipificación del verbo rector y de los elementos normativos del delito pueden derivar en la vulneración de bienes jurídicos protegidos a nivel legal y constitucional, tales como la dignidad, integridad personal, que incluye el ámbito sexual, libertad sexual, igualdad, entre otros.

Dentro de la descripción del acoso sexual, se encuentra inserto el término “acto de naturaleza sexual”, el cual es importante esclarecer por medio de las tesis existentes en la doctrina sobre las conductas que constituyen actos de naturaleza sexual. Asimismo, a efectos de entender la aplicación del artículo, se realizaron entrevistas a tres fiscales especializados en violencia de género con miras a un desarrollo de su significado desde el punto de vista práctico.

En ese marco, mediante el presente trabajo se explicarán los problemas que presenta el tipo penal en cuanto a la tipicidad de su verbo rector, que consiste en solicitar actos de naturaleza sexual, y sus elementos normativos, que pueden dejar excluidas conductas que deberían ser punibles, o, en su defecto, sancionarlas en casos que no se debería. En tal sentido, los elementos normativos a ser desarrollados se resumen en: la restricción de la aplicación

del tipo penal a relaciones que impliquen jerarquía o subordinación, la vaguedad del concepto “legítimas expectativas” en el marco del artículo y la restricción en la tipificación de los medios empleados para la comisión del delito.

Es importante mencionar que el artículo 166 del COIP fue reformado mediante la Ley Reformativa del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha contra los Delitos Informáticos, publicada en el Registro Oficial No. 526 del día 30 de agosto del 2021, respecto de lo cual también se realizarán precisiones acerca de las implicaciones de los elementos agregados.

Este trabajo ha sido realizado bajo el enfoque cualitativo, para el cual se hizo una investigación de normativa, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, con el objetivo de encontrar una manera de regular de la forma más óptima posible el delito de acoso sexual.

2. Marco normativo

Para el análisis del delito de acoso sexual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, serán revisadas normas y jurisprudencia nacionales e internacionales. Para ello, es importante tener en cuenta que fue una figura adoptada inicialmente en la legislación laboral, puesto que se considera que vulnera los derechos fundamentales del trabajador. Asimismo, fue recogido en la legislación penal por cuanto supone una vulneración a la libertad sexual.

Teniendo en cuenta que el acoso sexual constituye una forma de discriminación y violencia de género, los instrumentos internacionales que serán considerados serán detallados a continuación. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición⁴. En la misma línea, la Convención Americana de Derechos Humanos indica que los Estados

⁴ Artículo 2. Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada por Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

se comprometen a respetar los derechos reconocidos en ella y garantizar su ejercicio sin discriminación alguna por motivos de sexo o cualquier otra índole⁵.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, ha procedido a definir el acoso sexual de índole laboral, e indica que “el acoso sexual es una manifestación grave de la discriminación por motivos de sexo y una violación de los derechos humanos”, que se aborda en el contexto del Convenio sobre la discriminación de 1958 de la OIT, al incluirlo en la definición de violencia y acoso por razón de género⁶. Es importante tener en cuenta que este avance se logró gracias a la influencia de un sindicato británico llamado *National and Local Government Officers Association*, o N.A.L.G.O., quienes pusieron en marcha una campaña para crear conciencia sobre el alcance y la gravedad del acoso sexual en Reino Unido.

Por otro lado, Ecuador también ha suscrito la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷ y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁸, las cuales indican que los Estados Partes condenan la discriminación y la violencia contra la mujer en todas sus formas y convienen en adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y discriminación.

Por su parte, en cuanto a la normativa nacional, la Constitución de la República del Ecuador del 2008 en su artículo 11.2 indica que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, se prohíbe y se sanciona toda forma de discriminación⁹. De igual manera, en el artículo 33 *ibidem* señala que el trabajo es un derecho que incluye el respeto a la dignidad, entre otros aspectos, y que el Estado garantizará el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado, entre otras garantías. Seguidamente, en el artículo 66.3 reconoce el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad sexual.

⁵ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, ratificada por Ecuador el 18 de julio de 1978.

⁶ Ver Organización Internacional del Trabajo, *El hostigamiento o acoso laboral* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2003).

⁷ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por Ecuador el 17 de julio de 1980.

⁸ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ratificada por Ecuador el 30 de junio de 1995.

⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre del 2008.

Además, el delito de acoso sexual se encuentra recogido en el artículo 166 del COIP¹⁰, en el catálogo de delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Se analizarán los elementos introducidos en el artículo mencionado, contenidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha Contra los Delitos Informáticos¹¹.

3. Marco teórico

El presente estudio tiene por objeto proponer una reforma al artículo 166 del COIP, del acoso sexual, mediante la demostración de las implicaciones resultantes de los problemas en la tipificación de los elementos normativos del delito.

Para efectos de esta disertación, se revisó doctrina ha desarrollado la teoría sobre el delito de acoso sexual, la cual se centra en los temas relacionados con la tipificación del acoso sexual en la legislación penal. La doctrina utilizada ha definido el acoso sexual y los actos de naturaleza sexual, así como también ha esclarecido cuál es el bien jurídico protegido por el tipo.

Además, se busca desarrollar los problemas relacionados con la acción nuclear, que se configura con la solicitud de actos de naturaleza sexual, y sus elementos normativos, que consisten en la relación de subordinación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, la amenaza de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas que el sujeto pasivo pueda tener en el ámbito de la relación, y la tipificación del medio de comisión del delito a través de las tecnologías de la información y comunicación.

En este sentido, por la importancia que representa la doctrina utilizada, el presente trabajo de investigación se acogerá a sus directrices y profundizará su análisis en los elementos ya desarrollados por la misma, así como incluirá elementos añadidos recientemente en el tipo penal.¹²

¹⁰ Ver Artículo 166, Código Orgánico Integral Penal, [COIP]. Registro Oficial No. 526 de 30 de agosto del 2021.

¹¹ Artículo 5, Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha Contra los Delitos Informáticos. Registro Oficial No.526 del 30 de agosto del 2021.

¹² Ver Artículo 5, Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha Contra los Delitos Informáticos.

4. Estado del arte

El presente apartado consiste en una recopilación de investigaciones y análisis acerca de los elementos normativos del delito de acoso sexual, desde el origen de su tipificación a nivel nacional e internacional hasta sus consideraciones más recientes.

Si bien al acoso sexual es recogido inicialmente en la legislación laboral, la tipificación del delito de acoso sexual surge como respuesta a situaciones que lesionan la libertad sexual, sentido en el que autores como Andrés Martínez Arrieta¹³ profundizan su análisis.

Catharine MacKinnon fue quien inició el estudio sobre el acoso sexual fue en 1979 y centró su análisis sobre las modalidades del acoso sexual y los aspectos presentes en ellas¹⁴. En este aspecto, Sue Wise y Liz Stanley hacen un recuento de los momentos históricos más importantes en relación con la regulación del acoso sexual.¹⁵

Autores como Carlos Suárez-Mira Rodríguez consideran contraproducente la tipificación del acoso sexual, a la luz del principio de mínima intervención penal, por cuanto consideran que es un tipo penal excesivamente abierto y valorativo y por su levedad en comparación con otros delitos sexuales, puesto que consideran que únicamente se pone en peligro la libertad sexual sin lesionarla todavía¹⁶, opinión no compartida con el presente trabajo.

Simultáneamente, Francisco Alonso Pérez¹⁷ realiza una explicación detallada de los elementos constitutivos del delito de acoso sexual, examinado como un tipo penal autónomo que busca proteger la libertad e integridad sexual en ámbitos caracterizados por la jerarquización o relación de poder de diversas índoles. El autor también plantea la cuestión de cuándo una conducta se adecúa al ámbito laboral o merece protección penal, lo que es desarrollado por otros autores al cuestionar la tipificación del delito de acoso sexual.

¹³ Andrés Martínez Arrieta, “Acoso sexual”, en *Delitos contra la libertad sexual*, ed. de José Luis Díez Ripollés (Madrid: Consejo General del Poder Judicial), 85-109.

¹⁴ Ver Catharine Mackinnon, *Sexual harassment of working women* (New Haven: Yale University Press, 1979).

¹⁵ Sue Wise, Liz Stanley, *El acoso sexual en la vida cotidiana*. (Barcelona: Ediciones Paidós, 1992), 58.

¹⁶ Ver Carlos Suárez-Mira Rodríguez, *Manual de derecho penal*. (España: Thomson Civitas, 2006), 171 –176.

¹⁷ Francisco Alonso Pérez, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, (Madrid: Dykinson, 2001), 93-103.

En este sentido, también se pronunció la Organización Internacional del Trabajo¹⁸, al definir el hostigamiento sexual, obviamente, sin contemplar los elementos normativos del tipo penal, ya que su ámbito de especialidad es únicamente el derecho laboral.

Asimismo, en cuanto a la doctrina nacional, Luis Humberto Abarca Galeas,¹⁹ desde una postura más reciente sobre el tema, incluye dentro de su análisis del delito de acoso sexual la influencia del desarrollo de las tecnologías de la comunicación usadas como un medio para su consumación, así como los elementos constitutivos del tipo penal en la legislación ecuatoriana. Si bien el autor ha introducido el uso de tecnologías de la información, no ha definido como un limitante la tipificación del medio, tal como se expone en el presente estudio.

Finalmente, el autor Francisco Alonso Pérez hace alusión al delito de acoso sexual, incluido en el Código Penal español, lo cual es relevante para el presente estudio puesto que incluye en su análisis los problemas de los elementos normativos de la tipificación del delito de acoso sexual recogido en la legislación ecuatoriana.

5. Desarrollo

5.1. Origen del delito

Los orígenes del tratamiento del acoso sexual y su reconocimiento como problema social se producen en Estados Unidos en los años setenta, gracias a la presión de grupos feministas. Según Sue Wise y Liz Stanley, hay un primer momento, en 1974, en el que se bautiza con el nombre del acoso sexual a determinadas conductas con carácter sexista que un grupo de mujeres vivían en el ámbito laboral.²⁰ Estas conductas se referían a aquellas indeseadas que reafirmaban el “rol sexual” de la mujer por encima de su función laboral, tal como sustentan Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega,²¹ mismas que se manifestaban en diferentes formas tales como miradas y comentarios inapropiados, e incluso otras más extremas como la violación.²²

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo, *El hostigamiento o acoso laboral*, 1.

¹⁹ Ver Luis Humberto Abarca Galeas, *El acoso sexual*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012).

²⁰ Sue Wise et al, *El acoso sexual en la vida cotidiana*. 58.

²¹ Cruz Sánchez de Lara, Enriqueta Chicano Jávega, *Del acoso sexual. Aspectos penales* (España: Thomson Civitas, 2010), 52.

²² *Ibidem*, 69.

Un segundo referente histórico, según lo desarrollado por Wise y Stanley, es cuando el término del acoso sexual es usado desde una óptica activista de reivindicación social. Esto sucede desde 1975, cuando el término amplía su aplicación en casos de mujeres que no recibían su indemnización por despido, sosteniendo que ellas renunciaron voluntariamente cuando fueron objeto de acoso sexual.²³

En este sentido, Jane Arberhard-Hodges hace alusión al caso Barnes v. Costle, entre las primeras resoluciones sobre el tema a mediados de los años setenta, donde el Tribunal de Apelación de Columbia introduce la prueba nombrada “si no fuera mujer”, que consiste en que debe considerarse “si no fuera mujer, no se le habría solicitado su participación en actividades sexuales”. En este caso, el tribunal consideró que, para perseguir el acoso sexual, si bien era necesario que tenga repercusiones en cuanto al empleo, este constituye una discriminación por razón de sexo.²⁴

Posteriormente, el mismo tribunal en el caso Bundy v. Jackson 32, introdujo otro elemento importante que consiste en que no hay necesidad de demostrar la pérdida de un beneficio laboral cuantificable para perseguir el acoso sexual. Lo que ahora es la medida de configuración del delito por cuanto constituye un delito de peligro²⁵.

Seguidamente, en 1979, Catharine Mackinnon en una de las obras más influyentes en torno al acoso sexual, misma que es considerada por Sue Wise y Liz Stanley como un tercer hecho histórico²⁶, define al acoso sexual como “la imposición no deseada de requerimientos sexuales en el contexto de una relación desigual. El aspecto central del concepto es el uso de la fuerza derivado de una esfera social para obtener beneficios o imponer depravaciones”²⁷. Este resulta un hito para la judicialización del acoso sexual puesto que su tesis fue adoptada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1986, al considerar al acoso sexual como una forma de discriminación por razón de sexo y reconocer dos clases de acoso sexual: el acoso *quid pro quo* y el denominado acoso sexual en un “entorno de trabajo hostil”²⁸.

²³ Sue Wise et al, *El acoso sexual en la vida cotidiana*. 58.

²⁴ Jane Arberhard-Hodges, “Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual en el trabajo”. *Revista Internacional del Trabajo* 115 ((1996), 555.

²⁵ *Ibidem*, 555.

²⁶ Sue Wise et al, *El acoso sexual en la vida cotidiana*. 60.

²⁷ Catharine Mackinnon, *Sexual harassment of working women*. 32.

²⁸ Cruz Sánchez de Lara et al, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, 72.

Teniendo en cuenta la influencia de Mackinnon en dichos tribunales, el concepto de acoso sexual fue desarrollándose a través de decisiones judiciales que incorporaban nuevos elementos que permitían dilucidar la presencia del acoso sexual. Por ejemplo, en el caso *Ellison v. Brady*, en el cual se introdujo el concepto de “apreciación razonable por parte de la mujer” de la conducta en cuestión²⁹.

Después, Sue Wise y Liz Stanley indican que hay un cuarto referente histórico del fenómeno social, el cual estuvo en manos de un sindicato de origen británico llamado *National and Local Government Officers Association*, o NALGO³⁰. Este grupo fomentó como una de las reivindicaciones laborales, no solo por la falta de igualdad en cuanto a la remuneración entre hombres y mujeres, sino también la posibilidad de que un superior jerárquico tome ventaja de su posición frente a mujeres haciendo que para evitar un perjuicio u obtener beneficios tengan que soportar un comportamiento sexual de su superior. Paralelamente, se creó en Estados Unidos la *Equal Employment Opportunity Commission*, *EEOC*, misma que pretendía conseguir la protección frente al acoso sexual³¹, cuyas acciones, así como las de la NALGO, las que tuvieron una fuerte incidencia en la reivindicación del acoso sexual y la igualdad en el ámbito laboral.

Con base en lo expuesto, se infiere que Estados Unidos es el pionero de la regulación del acoso sexual como ilícito laboral, para posteriormente extenderse en el resto de países y organizaciones internacionales con competencia en las relaciones de trabajo, tal como expone Juan Antonio Altés Tárrega³².

La difusión y publicidad sobre el acoso sexual tuvo gran trascendencia, pues a nivel internacional en la década de los ochentas entró en vigor la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas³³. Asimismo, la OIT se hizo presente en el proceso de regulación del acoso sexual y propuso consideraciones sobre el acoso sexual, las cuales fueron adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo al proponer recomendaciones enfocadas a la igualdad y a la prevención del acoso sexual.

²⁹ *Ibidem*, 72.

³⁰ Sue Wise et al, *El acoso sexual en la vida cotidiana*. 62.

³¹ Ver U. S. Equal Employment Opportunity Commission, Facts About Sexual Harassment <https://www.eeoc.gov/fact-sheet/facts-about-sexual-harassment>, (último acceso: 14/04/2022)

³² Juan Antonio Altés Tárrega, *El acoso sexual en el trabajo* (Valencia: Tirant, 2002), 26.

³³ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

El acoso sexual fue incorporado inicialmente en la legislación laboral, sin embargo, como consecuencia de la presión de grupos sociales, femeninos en su mayoría, se incorporó este delito en la legislación penal debido a que son conductas que vulneran la libertad sexual, de las mujeres en su mayoría³⁴.

En el caso particular de Ecuador, el delito de acoso sexual fue tipificado en 1998³⁵. Entre los considerandos que justifican la inserción de este delito se menciona que fue necesario considerar las demandas de las mujeres por cambios que reivindiquen sus derechos han sido cada vez más urgentes y que se deben incluir nuevas figuras delictivas que respondan a la realidad de la sociedad, ya que de no estar tipificadas éstas quedan en la impunidad.

5.2. Opiniones en contra de la tipificación

La tipificación del acoso sexual ha sido debatida por la doctrina desde dos corrientes. Por un lado, está la otra corriente que defiende su postura contra la tipificación del delito en base al principio de intervención mínima penal, la posibilidad de subsumir esta conducta en otros tipos penales y su consideración como fase preparatoria de otros delitos sexuales. No obstante, la doctrina mayoritaria que defiende la postura adoptada por las cortes norteamericanas, considera que la regulación y la tipificación del delito autónomo de acoso sexual es necesaria por cuanto vulnera la integridad y la libertad sexual de las víctimas, y por ello se necesita de una respuesta penal.

En cuanto a la corriente que critica la tipificación del delito de acoso sexual, Elena Larrauri basa sus argumentos principalmente en el principio de intervención mínima penal y en la posibilidad de subsumir la conducta en la fase ejecutiva de los delitos sexuales³⁶. Respecto de su consideración sobre el principio de intervención mínima penal, ella manifiesta que se debe preconizar que intervenga el derecho laboral y el administrativo antes que el derecho penal, haciendo referencia a los problemas que suscita la aplicación del tipo y su punibilidad.

³⁴ Francisco Alonso Pérez, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, 93.

³⁵ Artículo 511-A. Código Penal. Registro Oficial No. 365 de 21 de Julio de 1998.

³⁶ Elena Larrauri Pijuán, *El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997), 183.

En cuanto al principio de intervención mínima, también es importante destacar lo expuesto por Adrián Marcelo Tenca respecto de los delitos sexuales. Indica que el derecho penal se aplica únicamente como *última ratio*, lo que significa que sólo debe recurrirse a él cuando la protección del bien jurídico no pueda efectuarse desde otros ámbitos del derecho.³⁷

Otro argumento de esta corriente para criticar la tipificación del delito consiste en que las conductas que se busca sancionar con este tipo penal pueden ser subsumidas en otras conductas. En este sentido, podría considerarse que la conducta descrita podría subsumirse en los delitos de intimidación³⁸ u hostigamiento.³⁹

De igual manera, Andrés Martínez Arrieta indica que para conseguir que se sancione aquella conducta no era necesaria la creación de un nuevo tipo penal, ya que concurren dos conductas típicas con elementos similares. En esta misma línea, Orts Berenguer considera que la conducta podría considerarse que constituye abuso sexual en grado de tentativa.⁴⁰

También, Carlos Suárez-Mira Rodríguez menciona que el resultado final de la tipificación resulta muy deficiente. Indica que la levedad en comparación con otros delitos sexuales no justifica su tipificación, pues este delito no lesiona la libertad sexual, pues solo la pone en peligro al ser un delito de mera actividad que no requiere de un daño para configurarse.

Sin embargo, la doctrina con postura a favor de la tipificación del delito de acoso sexual considera que ésta constituye una respuesta jurídico – penal a situaciones que lesionaban la dignidad humana, la indemnidad, integridad y libertad sexual, en ámbitos de relaciones que impliquen jerarquización y desigualdad.

Respecto a este tema, Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega plantean la cuestión de cuándo esta conducta merece atención penal por cuanto desborda el ámbito laboral o administrativo⁴¹, e infiere que la respuesta desde el poder punitivo a través de una tipificación específica permite una protección mayor y más eficaz frente al acoso sexual, sin que esto exima de la concurrencia de todos los elementos del tipo objetivos y subjetivos para sancionarla, en aplicación del principio de legalidad.

³⁷ Adrián Marcelo Tenca, *Delitos sexuales* (Buenos Aires: Astrea, 2013), 8.

³⁸ Artículo 154. COIP.

³⁹ Artículo 154.2. COIP.

⁴⁰ Orts Berenguer, *Comentarios del Código Penal de 1995* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 87.

⁴¹ Cruz Sánchez de Lara et al, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, 129.

De igual manera, la doctrina mayoritaria en este aspecto conviene en que el acoso sexual requiere de especialidad típica como respuesta a la evolución de la posición social de la mujer. Manuel Cancio Meliá indica que esto se debe al progreso de la conciencia social en relación con el tema.⁴²

Respecto del argumento planteado por quienes critican la sobre el principio de mínima intervención, Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega mencionan que Gaspar Blanc expone que el delito de acoso sexual es respetuoso con dicho principio de intervención mínimo por cuanto se ha constatado la ineficacia de las medidas adoptadas por ramas del derecho no represivas.⁴³

Asimismo, Manuel Cancio Meliá establece que la perspectiva del derecho penal frente al acoso sexual debe ser diferente que las demás ramas del ordenamiento. No obstante, considera que debe tenerse en cuenta la gravedad de la situación y la reiteración de las conductas para definir si merecen atención desde su ámbito de aplicación.⁴⁴

Por otro lado, también se considera que la tipificación del delito de acoso sexual tiene una función simbólica. Francisco alonso Pérez menciona que la incorporación de este delito fue consecuencia de la presión ejercida por grupos sociales principalmente femeninos, en la misma línea Manuel Cancio Meliá se pronuncia e indica que fueron las consideraciones simbólicas las que motivaron la introducción del delito.⁴⁵

Finalmente, Gemma Fabregat Monfort expone su postura en favor de la tipificación e indica que tiene una función preventiva, incluso desde una perspectiva pedagógica, considerando que al tener en cuenta sus efectos, en teoría debería haber conciencia a través de una respuesta represiva a la conducta.⁴⁶

5.3. Definición doctrinaria del acoso sexual

⁴² Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, en *Revista de Derecho Penal*, ed. de J. E. de la Fuente (Buenos Aires, Rubinzal – Culzioni, 2013) 439. (2013), 440.

⁴³ Cruz Sánchez de Lara et al, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, 123.

⁴⁴ Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, 441.

⁴⁵ *Ibidem*, 440

⁴⁶ Gemma Fabregat Monfort, *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral* (Valencia: Bomarzo, 2012), 33.

El acoso sexual es un término complejo y ambiguo debido a que hay distintas formas en las que se manifiesta por el enfoque con el que sea tratado.

Catharine Kackinnon define al acoso sexual como “la imposición no deseada de requerimientos sexuales en el contexto de una relación desigual. El aspecto central del concepto es el uso de la fuerza derivado de una esfera social para obtener beneficios o imponer deprivaciones”⁴⁷.

Por su parte, Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega mencionan que Luís Rodríguez Salach define al acoso sexual como:

Perseguir o importunar a un trabajador con fundamento en razones sexuales, persecución que tiene como fundamento el trabajo en relación de dependencia, con motivo o en ocasión del trabajo, bajo la dirección del empleador o personal jerárquico, situación que importa una discriminación laboral para el trabajador, que no acepta el asedio o el avance sexual, y que produce o puede producir a su respecto un cambio en las condiciones de trabajo, la cesantía o cualquier forma de menoscabo en su condición de humano y trabajador, importando a su vez una restricción a la libertad de elegir.⁴⁸

Asimismo, Gusmar Rincón Pérez indica que la Comisión de Empleo para la Igualdad de Oportunidades de Estados Unidos define al acoso sexual como:

las insinuaciones sexuales no deseadas, las solicitudes de favores sexuales y otras conductas verbales o físicas de naturaleza sexual constituyen acoso sexual cuando la sumisión o el rechazo de esta conducta afecta explícita o implícitamente el empleo de una persona, interfiere irrazonablemente con el desempeño laboral de una persona o crea un entorno intimidante, ambiente de trabajo hostil u ofensivo⁴⁹

Por otro lado, en tanto se considera que este tipo es un delito sexual, en general, se considera que su tipificación tiene como objetivo proteger la integridad sexual, la cual, en palabras de Edgardo Alberto Donna es “la libertad sexual de las personas mayores de 18 años y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer”⁵⁰. En este sentido, Adrián Marcelo Tenca indica que Hans-Heinrich Jescheck hace una precisión importante al señalar que la protección

⁴⁷ Catharine Mackinnon, *Sexual harassment of working women*, 32.

⁴⁸ Cruz Sánchez de Lara et al, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, 37.

⁴⁹ Gusmar Rincón Pérez, *Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia. El delito de acoso sexual* (Caracas – Mobilibros, 2001), 19.

⁵⁰ Edgardo Alberto Donna, *Derecho penal. Parte especial*, 508.

de bienes jurídicos, como en este caso es la integridad sexual, y la incidencia en la voluntad de la acción, que se ha hecho a través de la tipificación de delitos sexuales, se complementan, condicionan y limitan entre ellos⁵¹.

Respecto a la naturaleza del delito de acoso sexual, se debe precisar que es un delito de peligro o de mera actividad debido a que no exige de un resultado para su consumación. El acoso sexual plantea la solicitud de actos de naturaleza sexual, sin embargo, al tratarse de un delito de peligro, este se consuma independientemente de la obtención de los actos solicitados, como lo señala Carlos Suárez-Mira. Asimismo, en cuanto a su caracterización como delito de peligro, se debe tener en cuenta que el delito produce una amenaza sin haber un daño material concreto. Tal como indica Ernesto Albán Gómez, “se produce una suerte de anticipación penal, aunque podría sostenerse que tales delitos ya lesionan aquellos bienes jurídicos que la norma penal protege”⁵². En el caso del acoso sexual, basta con la solicitud sin la necesidad de llegar a un resultado para la consumación del delito, puesto que de haber un resultado la conducta constituiría un tipo penal diferente.

5.4. El acoso sexual en el COIP

Como se mencionó en líneas anteriores, según la ley penal ecuatoriana, el acoso sexual consiste en la solicitud de actos de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaleciendo de una situación de superioridad frente a la víctima, con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el seno de tal relación⁵³.

Un aspecto relevante que debe tomarse en consideración es que el delito de acoso sexual tiene un carácter pluriofensivo, por lo que no se restringe al ámbito laboral, pues el tipo penal contempla distintos ámbitos al contener relaciones que tengan presente un elemento de autoridad, en el ámbito docente, religioso, laboral, etcétera.

Asimismo, en la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha Contra los Delitos Informáticos, se insertó la tipificación de los medios empleados para la comisión del delito,

⁵¹ Adrián Marcelo Tenca, *Delitos sexuales*, 4.

⁵² Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito – Ediciones Legales, 2008), 88.

⁵³ Artículo 166, COIP.

respecto del ciberacoso, que consiste en el acoso sexual que se comete mediante la utilización de las tecnologías de la información y comunicación, y la afectación de la salud emocional de la víctima.

5.5. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico que se pretende proteger por medio de este tipo penal cabe hacer varias precisiones, puesto que su definición está sesgada por el ámbito de regulación y las limitaciones que se presenten según este. Respecto de cómo está tipificado hoy en día el delito, debe entenderse que el bien jurídico lesionado por el mismo es la libertad sexual. Sin embargo, tal como señala Adrián Marcelo Tenca, al ser un delito contra la libertad, afecta la integridad, privacidad e identidad.⁵⁴

La doctrina mayoritariamente considera que el bien jurídico vulnerado es la libertad sexual, sin embargo, debe distinguirse el tipo de acoso sexual del que se trate, teniendo en cuenta que, si bien el ordenamiento jurídico ecuatoriano únicamente contempla el acoso sexual *quid pro quo*, el acoso sexual también puede producirse sin la presencia de una relación de subordinación, vulnerando los bienes jurídicos señalados en el párrafo anterior.

Respecto al tipo de acoso sexual recogido en el COIP, Edgardo Alberto Donna explica que “el bien jurídico es la libertad sexual, de modo que la aceptación, tanto del hombre como de la mujer, de la relación sexual debe haber sido condicionada en su decisión y en su motivación”.⁵⁵ Sin embargo, en el caso de los menores, indica que la indemnidad sexual es el bien jurídico lesionado por el delito, en el entendido de que se prohíbe perturbar el normal desarrollo sexual que debe tener un menor.

En la misma línea se profundiza su análisis Manuel Cancio Meliá, explicando lo siguiente:

Los ataques contra la libertad sexual definidos como delictivos en la ley penal quedan caracterizados por que el sujeto activo realiza una conducta que supone la utilización de vías idóneas para afectar al autodeterminación sexual de la víctima: violencia, intimidación, prevalimiento de la situación de superioridad son elementos de comisión de los delitos de agresiones y abusos sexuales. Si esto es así, en esta figura – en cuanto delito contra la libertad

⁵⁴ Adrián Marcelo Tenca, *Delitos sexuales*, 39.

⁵⁵ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal: parte especial*, 529.

sexual – debe concurrir alguno de los elementos de los procedimientos típicos definidos como lesivos de la autonomía sexual de la víctima.⁵⁶

No obstante, cuando tiene lugar el acoso sexual horizontal, es decir, sin que exista una relación de jerarquía, que como se mencionó en líneas anteriores, constituiría actualmente una figura atípica, se vulneran bienes jurídicos distintos. Sobre ello, Cancio Meliá afirma que en este tipo de acoso concurre un bien jurídico distinto a la libertad sexual, que puede derivar en el terreno de la integridad moral, la intimidad o el honor.⁵⁷

Por su parte, Jorge Buompadre precisa que en este contexto la vulneración de integridad sexual hace referencia a la libertad sexual, en el entendido de que se ve afectada la autodeterminación en el ámbito de la sexualidad.⁵⁸

En contraste, Luis Humberto Abarca Galeas asevera que, en todas las formas de acoso sexual, el bien jurídico lesionado es la libertad sexual. El fundamento de dicha afirmación es el derecho que se tiene a no ser obligado a soportar ofensas de contenido sexual, pues el agente está coaccionando a la víctima a realizar una conducta no deseada.⁵⁹ El autor introduce un concepto interesante al referirse a la esfera sexual de la víctima.

Paralelamente, Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega enuncian que el acoso sexual es una conducta que vulnera la esfera íntima de la víctima por cuanto es una ofensa a la libre decisión de no involucrarse en una relación sexual no deseada. Según los autores, la esfera íntima es uno de los aspectos de la dignidad.⁶⁰

En tal sentido, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de España y ha hecho referencia al resto de bienes jurídicos lesionados por el acoso sexual. En la sentencia 224/1999, el Tribunal plantea que las agresiones de naturaleza sexual constituyen un detrimento de la dignidad personal.⁶¹ Sin embargo, también se indica que el tema de trasfondo de la discriminación por razón de sexo, por lo que se estaría vulnerando, además, la igualdad que proclama la Constitución y los instrumentos internacionales.

⁵⁶ Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, 444.

⁵⁷ *Ibidem*, 444.

⁵⁸ Jorge Buompadre, “Delitos contra la integridad sexual, Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal” *Revista de Ciencias Penales*, (1999), 49.

⁵⁹ Luis Humberto Abarca Galeas, *El acoso sexual*, 99.

⁶⁰ Cruz Sánchez de Lara et al, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, 112.

⁶¹ Sentencia 224/1999, Tribunal Constitucional de España, 20 de enero de 2000, párr. 1.

5.6. Delimitación entre el acoso sexual y las actividades ordinarias de flirteo o coqueteo

Uno de los temas de mayor complejidad a esclarecer cuando se trata el acoso sexual es determinar cuándo una conducta, comentario o proposición desborda un flirteo o cortejo y se convierte en acoso sexual.

Juan Antonio Altés, al referirse al acoso sexual ambiental, señala que los criterios a utilizarse para delimitar que una conducta constituya acoso sexual son “la naturaleza esencialmente sexual de la conducta y la magnitud o gravedad de la misma”. Asimismo, expone criterios aceptados a nivel internacional que permiten distinguir las conductas, como es el caso del propuesto por la EEOC, la cual determina que para determinar si una conducta constituye un acoso sexual, la Comisión debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes y el expediente en su conjunto. La Comisión, en resumen, no analiza los incidentes ocurridos de manera aislada, sino que tiene en cuenta la naturaleza de las proposiciones en su conjunto.⁶² Sin embargo, es importante precisar que, de la manera en la que está tipificado el delito actualmente, este se configura con una simple solicitud.

Por su parte, Edmund Wall distingue el comportamiento amistoso del constitutivo del acoso sexual⁶³. El autor indica que la base para la distinción recae en el estado mental del agente, pues mientras en el comportamiento amistoso se buscará del motivo por el que se mantuvo el tocamiento. Sin embargo, si se toma en aplica esta definición en el contexto ecuatoriano, al hablarse de actos de tocamiento se podría estar ya en presencia de un delito de abuso sexual.⁶⁴

Es importante mencionar que el flirteo o cortejo no necesariamente se consideran comportamientos amistosos. Existen casos en los que los comportamientos son manifiestamente indeseados, sin embargo, Gusmar Rincón Pérez precisa que por cuanto la configuración del delito está sujeta a muchas variables contextuales y ello debe tomarse en cuenta para la valoración.⁶⁵

⁶² Juan Antonio Altés Tárrega, *El acoso sexual en el trabajo*, 45.

⁶³ Edmund Wall, “The Definition of Sexual Harassment.” *Public Affairs Quarterly* 5, no. 4 (1991): 371–85. <http://www.jstor.org/stable/40435788>.

⁶⁴ COIP. Artículo 170.

⁶⁵ Gusmar Rincón Pérez, *Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia. El delito de acoso sexual*, 20

Asimismo, el Tribunal Constitucional de España ha pretendido también distinguir al acoso sexual frente al comportamiento amistoso, y señala que “lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo”⁶⁶.

También Luis Humberto Abarca se refiere a las precisiones que definen al acoso sexual, e indica que se debe valorar que la intención del sujeto activo pretenda llegar al acceso carnal u ofender a la víctima, puesto que en este fenómeno no aparece el galanteo ni aceptación alguna por parte de la víctima.⁶⁷

Por otro lado, Manuel Cancio Meliá considera que para que se configure el acoso sexual, debe darse una sucesión de actos de hostigamiento de una aproximación persistente. Menciona que es necesaria la reiteración de la solicitud, pues indica que no es posible que el delito se configure en un solo acto, por ofensivo que este sea.⁶⁸

5.7. Problemas respecto de los elementos de la tipicidad del delito de acoso sexual

5.7.1. Verbo rector: solicitar

La acción nuclear del acoso sexual consiste en la “solicitud” de actos de naturaleza sexual.⁶⁹ En tal sentido, debe precisarse que este verbo rector puede ocasionar que conductas que no deberían ser punibles se sancionen y de modo restrictivo, obstaculice la sanción de conductas que perjudican la libertad e integridad sexual de la víctima.

Por una parte, en cuanto a las conductas que no deberían ser punibles, se debe tener en cuenta que no basta con una simple solicitud para que se persiga el delito, pues ésta debe tener una connotación más fuerte de manera que vulnere la libertad sexual de la víctima.

En este sentido, la interpretación que ofrecen Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega parece encaminada a evitar el absurdo en la aplicación del tipo penal. Los autores manifiestan que por mayor amplitud que se quiera dar al núcleo del delito que es la solicitud de favores sexuales, este “implica necesariamente la realización de una conducta

⁶⁶ Sentencia 224/1999, párr. 9.

⁶⁷ Luis Humberto Abarca, *El acoso sexual*, 22.

⁶⁸ Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, 446.

⁶⁹ Artículo 166. COIP.

que tienda a satisfacer la lúbrica, que tienda al mantenimiento de relaciones sexuales, aun entendidas en un sentido extenso”.⁷⁰

Paralelamente, Manuel Cancio Meliá se ha pronunciado al respecto al manifestar que la solicitud tiene que ser clara en el sentido de pretender un contacto de carácter sexual, para lo cual señala que la situación debe someterse a la valoración mediante estándares objetivos que determinen la efectiva existencia de una solicitud sexual.⁷¹ Visto de esta óptica, las meras proposiciones que pretendan aproximaciones que no sean estrictamente sexuales quedan fuera del ámbito de aplicación del tipo penal.

Igualmente, el autor citado propone que la solicitud típica debe consistir en una sucesión de aproximaciones de índole sexual de manera inequívoca. Según su criterio, las conductas punibles no consisten únicamente de comentarios impropios, sino que debe existir una pretensión concreta y objetiva de pretender contactos de índole sexual.

Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, resolviendo lo siguiente:

Con respecto al primer requisito, se exige, como elemento nuclear del mismo, una petición de favores sexuales. Esta Sala Casacional ha declarado que tal requisito queda cumplido "cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado", de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre. En efecto, basta con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca.⁷²

Por el contrario, desde otro punto de apreciación, el verbo rector puede resultar restrictivo, al permitir que conductas que lesionan la integridad y la libertad sexual del sujeto pasivo no sean sancionadas, siendo necesario establecer el alcance de la acción nuclear.

En ese aspecto, Andrés Martínez Arrieta profundiza, indicando que no se debe restringir el la acción nuclear a toda solicitud de actos que constituyan delitos, pues resalta debe ampliarse el espectro de aplicación a las conductas ofensivas al bien jurídico, que tengan una connotación sexual, y que se desarrollen en el ámbito de la relación de subordinación. El autor califica como limitado el verbo rector, aunque indica que debe ser entendido como

⁷⁰ Cruz Sánchez de Lara et al, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, 347.

⁷¹ Manuel Cancio Meliá, "Acoso sexual", 442.

⁷² Sentencia 1460/2003, Tribunal Supremo de España, 7 de noviembre de 2003, párr. 80.

pedir, requerir o recabar, sin que se incluya el elemento de la relación de jerarquía o subordinación.⁷³

Por otro lado, Cancio Meliá considera que para que se configure el acoso sexual, debe darse una sucesión de actos de hostigamiento de una aproximación persistente. Se considera que no basta con una solicitud para configurar el delito, por ofensiva que sea, pues el autor añade que es necesaria la reiteración de la solicitud.⁷⁴

Es importante tener en cuenta que por cuanto la acción nuclear consiste únicamente en la solicitud, es ésta la que constata que constituye un delito de mera actividad, puesto que no es necesario que el sujeto pasivo acceda a la solicitud para que se configure el delito. Dicho de otro modo, el delito de acoso sexual, por su naturaleza de delito de peligro se consume simplemente con el planteamiento de la solicitud independientemente de la obtención de los actos solicitados.

5.7.2. Elementos normativos

5.7.2.1. Acto de naturaleza sexual

Para efectos del presente apartado, se realizaron entrevistas a dos fiscales especializados en violencia de género con el fin de saber el concepto del “acto de naturaleza sexual” que se utiliza en la aplicación del artículo 166 del COIP. Los fiscales entrevistados concluyeron que no existe una definición precisa, habiéndose que analizar en cada caso concreto para determinar la presencia de un acto de naturaleza sexual.⁷⁵

El artículo 166 del COIP, indica que el delito de acoso sexual se configura con la solicitud de algún “acto de naturaleza sexual”, frente a lo cual es inevitable cuestionarse cuáles conductas son consideradas como tales. Es importante tener en cuenta que, si bien su tipicidad no constituye un problema en sí, se debe procurar definir a qué conductas se refiere el legislador por cuanto hay un abanico de posibles interpretaciones respecto del término. Para ello, las fiscales entrevistadas reducen el espectro del término, manifestando que estos se relacionan con las zonas erógenas de la persona, sin poder precisar una definición concreta al respecto.

⁷³ Andrés Martínez Arrieta, “Acoso sexual”, 97.

⁷⁴ Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, 446.

⁷⁵ Ver https://estudusfqedu-my.sharepoint.com/:f/g/personal/ghermosa_estud_usfq_edu_ec/EqD1bCMGB-FDksmIWDfyl10B5rsX5jFBReylPLx-xPIOnw?e=lb16lm

De igual manera, la totalidad de fiscales entrevistadas en el presente estudio, han convenido en que una limitante a la comprensión del acto de naturaleza sexual es la edad de la víctima. Sin embargo, para superar dicha dificultad se debe profundizar en el testimonio anticipado para esclarecer en cada caso concreto si se trata de un acto de naturaleza sexual.

En este sentido, frente a la vaguedad del término, es evidente la necesidad de un baremo objetivo para identificar si una conducta constituye un acto de naturaleza sexual. La doctrina ha proporcionado una solución a la cuestión, la cual se asemeja con las respuestas obtenidas en las entrevistas realizadas, y lo que indican es que se debe tener en cuenta el criterio del “hombre medio” para valorar de la manera más objetiva posible la conducta realizada.

Este es el caso del criterio de José Balta Varillas, quien menciona que, para valorar la gravedad o magnitud de la conducta, tradicionalmente se ha utilizado el criterio de la “persona razonable”, e indica que la conducta debe ser evaluada desde el punto de vista de una persona razonable del sexo al que pertenece la víctima.⁷⁶ Es relevante esta última consideración respecto del sexo de la víctima, pues el mismo autor menciona que el sexo femenino comparte preocupaciones que el masculino no necesariamente, por ejemplo, en el hecho de que las violaciones y abusos sexuales se comenten en su mayoría contra mujeres y esto constituye un incentivo para la preocupación del comportamiento sexual.⁷⁷

De igual manera, resulta interesante la explicación de la comprensión del acto de naturaleza sexual desde el enfoque psicológico, específicamente desde el ámbito psicosexual. Respecto a ello, Nelson Vera Loor señala que ésta se encuentra sujeta a la formación de los instintos. El autor sugiere que la comprensión del acto, tanto desde la óptica del sujeto activo como pasivo, se ve condicionada por las etapas del desarrollo psicosexual, desarrolladas por Freud.⁷⁸

Es importante tener en cuenta que la definición de un acto de naturaleza sexual depende de la tesis que se adopta, sobre lo cual Edgardo Alberto Donna distingue la doctrina subjetivista y la objetivista.⁷⁹

⁷⁶ José Balta Varillas, *Acoso sexual en las relaciones laborales privadas* (Lima; ARA Editores, 2005), 48.

⁷⁷ *Ibidem*, 48.

⁷⁸ Ver Nelson Vera Loor, *Los delitos sexuales. Tomo I.* (Ecuador: Gráficas Ramírez, 2017).

⁷⁹ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, 516.

Respecto a la doctrina subjetivista indica que se está en presencia de un acto de naturaleza sexual “cuando el autor se propone con su acto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito”⁸⁰, caracterizándose dicho acto de dos elementos: uno material-objetivo, que consiste en la realización de actos libidinosos, y un elemento subjetivo, que está formado por la voluntad y la conciencia de cometer un acto con propósito libidinoso. Respecto del elemento objetivo, el autor señala que consiste de “tocamientos corporales libidinosos, de un carácter inequívocamente sexual, dirigidos – en general – a los genitales, o partes del cuerpo asociadas a la actividad sexual, o partes pudendas”.⁸¹ El autor indica que para que una conducta sea un acto de naturaleza sexual, ésta debe tener como fin el de satisfacer un impulso libidinoso o erótico, pues señala que son las circunstancias las que dan sentido y definen su contenido intencional. En este sentido, resuelve la cuestión de si un beso constituye un acto de naturaleza sexual, ya que únicamente lo es cuando responde a un móvil libidinoso o de apetencia sexual.

En contraste, Donna explica que la doctrina objetivista considera que si se exige el elemento subjetivo se restringe indebidamente la aplicación del tipo penal. El autor cita a Ricardo Nuñez, quien indica que para que una conducta constituya un acto de naturaleza sexual, no se necesita del fin libidinoso, sino que se protege la libertad corporal frente a la intromisión indebida de un tercero. Esta tesis prescinde del elemento subjetivo, pues únicamente toma en cuenta que el acto libidinoso sea objetivamente abusivo. Edgardo Donna menciona que, según esta doctrina, “son actos libidinosos los que son objetivamente impúdicos por afectar partes pudendas de la víctima, aunque el autor no tenga la finalidad de obtener una satisfacción sexual, sino, por ejemplo, hacer una broma, humillar a la víctima”⁸². Sin embargo, la crítica que se hace a esta postura es que la definición del concepto del acto impúdico varía según la sociedad y el tiempo en que se realice el análisis.

Sin embargo, la opinión adoptada por Edgardo Donna es que un acto de naturaleza sexual exige el dolo y el elemento subjetivo del tipo, constituido por el dolo y el ánimo libidinoso. Respecto del dolo, indica que este consiste en la intención del autor del tocamiento de una de las partes pudendas de la víctima, y, en cuanto al elemento subjetivo indica que sean actos que objetivamente tengan una connotación sexual y que con ese sentido sean

⁸⁰ Ibidem, 516.

⁸¹ Ibidem, 517.

⁸² Ibidem, 519.

abarcados por el dolo del autor. Asimismo, Donna señala que “se exige un plus, en el sentido de querer involucrar sexualmente a la víctima en los deseos del autor”⁸³

5.7.2.2. Relación de subordinación

Para que se configure el delito de acoso sexual, el artículo 166 del COIP establece como uno de sus requisitos la relación de subordinación, que se refiere a la situación de superioridad del sujeto activo frente a la víctima. Si bien no hay requerimiento alguno respecto del sexo del sujeto activo o pasivo, se establece el requisito de la relación de jerarquía para que de esta manera el sujeto activo pueda aprovecharse de su situación de superioridad para solicitar actos de naturaleza sexual.

La doctrina se ha referido a este problema, especialmente haciendo alusión a la atipicidad que resulta el caso de acoso entre compañeros de trabajo. Es de suma importancia recoger supuestos que no incluyan una manifestación de poder dado que de igual manera puede haber comportamientos de hostigamiento. En este sentido, de mantenerse el artículo 166 como está tipificado actualmente, en aplicación del principio de legalidad, no se podría sancionar las conductas de acoso sexual que no impliquen una relación de subordinación y su aplicación resulta restrictiva.

Una posible solución es la adoptada por la legislación española. En el Código Penal español, se establecía el mismo requisito que actualmente se exige en el COIP, referente a la relación de subordinación, hasta que este fue reformado para incluir el acoso de ambiente.⁸⁴

En este punto, es importante hacer mención en cuanto a los tipos de acoso sexual reconocidos en la doctrina, la jurisprudencia y derecho comparado, y las organizaciones internacionales. Se distinguen dos tipos de acoso, el acoso *quid pro quo* y el acoso de ambientación.

En cuanto al acoso de *quid pro quo*, este ha recibido varias denominaciones tales como acoso de prevalimiento, de intercambio o tipo cualificado⁸⁵. Este tipo de acoso es el contemplado en el artículo 166, el cual se caracteriza por ser realizado por el sujeto activo

⁸³ Ibidem, 520.

⁸⁴ Artículo 184, Código Penal. Boletín del Estado No. 281, 24 de noviembre de 1995.

⁸⁵ Se utiliza la denominación de tipo cualificado en legislaciones en las que se contempla el acoso horizontal, el cual constituye el tipo básico.

desde un ámbito de superioridad jerárquica o funcional que condiciona la aceptación del sujeto pasivo, tal como señala Martínez Arrieta.⁸⁶

El Departamento de Acción Afirmativa de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de la Universidad de Salud y Ciencias de Oregón, citado por Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega, definen este tipo de acoso sexual, en el ámbito laboral, de la siguiente manera:

El acoso Quid Pro Quo (sobre una base de reciprocidad) ocurre cuando las decisiones laborales o académicas o sus expectativas (reclutamiento, ascensos, aumentos salariales, asignaciones de turno o de trabajo, patrones de desempeño, grados, acceso a recomendaciones, asistencia con el trabajo escolar, etc.) se fundamentan en el sometimiento, o rechazo, de un empleado o estudiante a avances sexuales, solicitudes de favores sexuales, o cualquier otra concesión de tipo sexual. Estos casos involucran acciones tangibles que puedan afectar adversamente las condiciones de trabajo o el progreso académico.⁸⁷

Asimismo, la OIT ha definido este tipo de acoso sexual, también desde el enfoque laboral, como se detalla a continuación:

Cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico de naturaleza sexual u otro comportamiento basado en el sexo, que afecta la dignidad de las mujeres y de los hombres, el cual es no deseado, irrazonable y ofensivo para el destinatario; el rechazo de una persona, o la sumisión a ella, siendo este comportamiento utilizado, explícita o implícitamente, como el fundamento de una decisión que afecta el trabajo de esa persona⁸⁸

Siguiendo esta línea, Francisco Alonso Pérez define al acoso de prevalimiento como aquel en el que sujeto activo hace valer su posición de superioridad frente a la víctima para vencer su resistencia y emplearla con el propósito de obtener favores sexuales.⁸⁹ De igual manera, Suárez-Mira enfatiza que dicha superioridad es usada para lograr el consentimiento que no hubiese obtenido si no era coartando la libertad del sujeto pasivo⁹⁰.

En tal sentido, Manuel Cancio Meliá indica que es necesaria una interpretación respecto de la superioridad, que debe tenerse en cuenta al aplicar el tipo penal. El autor alude que la situación de superioridad no debe entenderse como si esta implicara una dependencia

⁸⁶ Andrés Martínez Arrieta, "Acoso sexual", 93.

⁸⁷ Francisco Alonso Pérez, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, 60.

⁸⁸ Organización Internacional del Trabajo, *El hostigamiento o acoso laboral*, 1.

⁸⁹ Francisco Alonso Pérez, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, 98.

⁹⁰ Carlos Suárez-Mira Rodríguez, *Manual de derecho penal*, 168.

directa del sujeto pasivo o una jerarquía en *stricto sensu*, pues indica que la superioridad de la que se prevale el sujeto activo debe determinarse en términos funcionales, como sucedería si pudiese influir en la relación laboral, o en general, los intereses del sujeto pasivo.⁹¹

Tal como indica Suárez-Mira, una vez cesada la relación de subordinación, este tipo de acoso sexual no podrá configurarse al carecer de la situación de superioridad, en concordancia con lo propuesto por Francisco Alonso, quien añade que tampoco encajan en este tipo los supuestos en los que el mal amenazado no tenga relación con las expectativas de la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

En cuanto al ordenamiento jurídico ecuatoriano, Luis Humberto Abarca coincide con el resultado presentado en el presente estudio, pues el autor considera que la tipificación de este tipo de acoso es deficiente y limitante por cuanto si la persona que consume la conducta no posee superioridad frente a la víctima, la conducta quedaría fuera de la norma.⁹²

Por otra parte, si bien no es recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la doctrina, el derecho comparado y las organizaciones internacionales distinguen el acoso sexual de ambientación, también denominado acoso sexual horizontal o tipo básico.

En cuanto a este tipo de acoso sexual, Carlos Suárez-Mira alude que consiste en la sollicitación de favores sexuales que provoque a la víctima intimidación, hostilidad o humillación, en un ámbito laboral, docente, etcétera, siendo necesaria únicamente la mera sollicitud que debe revelarse de manera inequívoca.⁹³

Respecto del acoso sexual horizontal, Martínez Arrieta indica que no se trata de una amenaza como sucede en el acoso *quid pro quo*, de modo que no se considera que este tipo constituye una vulneración de la libertad sexual. En el caso de este tipo de acoso sexual, la conducta típica consiste en el comportamiento de naturaleza sexual que realiza una ofensa mediante la cual se genera un ambiente ofensivo o de humillación, por lo que el bien jurídico vulnerado preponderantemente es la integridad.

El Tribunal Constitucional de España ha resuelto lo siguiente, en cuanto al acoso sexual horizontal:

Para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal

⁹¹ Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, 447.

⁹² Luis Humberto Abarca, *El acoso sexual*, 125.

⁹³ Carlos Suárez-Mira Rodríguez, *Manual de derecho penal*, 175.

manifestado en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto⁹⁴

Sin embargo, Cancio Meliá considera que no es decisivo para determinar la configuración de este tipo de acoso sexual que la víctima se sienta en una situación hostil, humillante o intimidante, es decir, no consiste en una constatación concreta en la persona del sujeto pasivo, puesto que la consideración del acto de naturaleza sexual se ve condicionada inclusive por la socialización sexual de la persona.⁹⁵

Respecto de la incorporación del acoso sexual horizontal en el Código Penal español, el Tribunal Supremo ha expresado lo siguiente:

La redacción vigente ha venido a incorporar, como supuesto básico del delito de acoso sexual, la modalidad que la doctrina suele denominar como acoso sexual ambiental, que no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual hubiera provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante⁹⁶

En el mismo sentido, Gemma Fabregat Monfort considera que la tipificación del acoso sexual que solo contempla el acoso por prevalimiento se queda corta por no recoger situaciones de acoso ambiental, como sucede entre compañeros de trabajo que tienen las mismas categorías laborales.⁹⁷

Tras lo expuesto en cuanto a lo mencionado por el Tribunal Supremo de España y la doctrina, convendría añadir este tipo de acoso sexual en la legislación penal ecuatoriana, por cuanto consta de un ámbito de aplicación restrictivo al únicamente contemplar el acoso sexual de prevalimiento.

5.7.2.3. Legítimas expectativas

Otro elemento normativo del delito de acoso sexual constituye la amenaza de causar a la víctima o a un tercero un mal relacionado con las “legítimas expectativas” que pueda

⁹⁴ Sentencia 224/1999, párr. 33.

⁹⁵ Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, 445.

⁹⁶ Sentencia 1135/2000, Tribunal Supremo de España, 23 de junio de 2000, párr. 42.

⁹⁷ Gemma Fabregat Monfort, *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral* (Valencia: Bomarzo, 2012), 33.

tener en el ámbito de la relación. Respecto de este elemento, debe tenerse en cuenta que al ser un término tan amplio, cabe precisar qué es lo que debe entenderse como tal.

En primer lugar, se debe definir qué significa legítimo. La Real Academia Española infiere que legítimo es “conforme a las leyes” o lícito⁹⁸. En este sentido, debe entenderse que las legítimas expectativas serán aquellas que objetivamente se encuentren conforme a las leyes y gocen de justa causa.

Respecto del tema de legitimidad, es importante tener presente en qué casos hay una situación que se supone legítima. Edgardo Alberto Donna explica que no se debe confundir con aquellos casos en los que la presunta víctima acepta el trato con el fin de escalar posiciones en su ámbito, por ejemplo, en una empresa. Pues en tales casos se está en presencia de una conducta aceptada por el sujeto pasivo, la cual no resulta en un perjuicio.⁹⁹

Manuel Cancio Meliá, por su parte, señala que para identificar qué constituyen las legítimas expectativas, “deberá estarse a un análisis objetivo del contexto social, no a las peculiaridades de las expectativas subjetivas del sujeto pasivo, de ahí que el tipo adjetive a éstas de legítimas”.¹⁰⁰ El mismo autor indica que para establecer la consecuencia del incumplimiento de la solicitud, que está condicionada por las legítimas expectativas, no es necesario que se especifique cuál será la represalia ni que se formule la relación ilícita entre estos, de tal modo que basta con que el rechazo de las pretensiones del sujeto activo afecten negativamente a la esfera del sujeto pasivo.

Por otro lado, Carlos Suárez-Mira Rodríguez aclara que el vínculo entre el mal con las legítimas expectativas que tiene la víctima en el seno de la relación de poder, supone la exclusión de los intereses que tenga el sujeto pasivo que se encuentren al margen de la relación. Respecto de lo mencionado del anuncio del mal condicionado al cumplimiento de la solicitud, el autor plantea que surgen problemas interpretativos ocasionados por factores tales como la susceptibilidad de la víctima o los malos entendidos, mismos que quedarán fuera de la tipicidad.¹⁰¹

Asimismo, Francisco Alonso Pérez menciona que Muñoz Conde indica que “debe tratarse de una amenaza seria o por lo menos creíble y capaz de ser llevada a cabo por el que

⁹⁸ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Legítimo.

⁹⁹ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, 529.

¹⁰⁰ Manuel Cancio Meliá, “Acoso sexual”, 448.

¹⁰¹ Carlos Suárez-Mira Rodríguez, *Manual de derecho penal*, 176.

la realiza, lo que implica un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso.¹⁰² En esta línea, contrasta que es diferente amenazar con un despido frente a una amenaza de aumentarle el sueldo cuando es potestativo de quien profiere la amenaza.

De igual manera, Francisco Alonso Pérez indica que Orts Berenguer hace referencia a la amenaza mencionando que ésta constituye una amenaza condicional, cuyo anuncio deberá agrupar los caracteres de gravedad, seriedad y verosimilitud, de tal manera que ésta afecte de forma significativa y relevante las expectativas de la víctima. El autor señala que, además de lo relacionado con la amenaza, “quien efectúa el anuncio ha de estar en condiciones de llevar a efecto el mal avisado, no siendo necesario que sea el único capaz de perjudicar las expectativas del solicitado, pero sí que pueda hacerlo”¹⁰³

Desde otra perspectiva, Elena Larrari, por su parte, alude que la solución frente a la imprecisión del concepto consiste en que debe considerarse que las legítimas expectativas son vulneradas cuando fundamentan la discriminación por razón de sexo. Plantea que existe una dificultad sobre en ocasiones la situación no es clara por cuanto no es definida por los derechos de los trabajadores, alumnos o subordinados, por lo que se deben analizar las potestades del sujeto activo y la condición del acoso. Un ejemplo que la autora plantea es que un empresario tiene derecho a contratar a quien quiera, sin embargo, no lo tiene para dejar de contratar basándose en argumentos discriminatorios por sexo.¹⁰⁴

5.7.2.4. Tipificación del medio: ciberacoso

En artículo 5 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha Contra los Delitos Informáticos en agosto del 2021, se añadió el siguiente inciso al artículo del acoso sexual:

Se considerará ciberacoso sexual cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice utilizando cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación, medios tecnológicos, electrónicos o digitales, y será sancionado con una pena privativa de libertad de **uno a cinco años**. (énfasis añadido)¹⁰⁵

¹⁰² Francisco Alonso Pérez, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, 99.

¹⁰³ Ibidem, 99.

¹⁰⁴ Elena Larrari Pijuán, *El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración*, 190.

¹⁰⁵ Artículo 5. Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha Contra los Delitos Informáticos.

Respecto a ello, es relevante precisar las implicaciones de la adición del inciso mencionado y su incidencia práctica. Para ello, es importante tener en cuenta que la pena aplicable al ciberacoso consiste en la pena privativa de libertad de uno a cinco años, la cual, curiosamente, es la misma que se aplicaba al acoso sexual previa la inclusión de esta modalidad.¹⁰⁶

En este sentido, no cabe cuestionarse si previo a la inclusión del acoso a través de tecnologías de la información y comunicación, cuando servían de medio para la comisión del delito, tenía un efecto distinto en la aplicación del tipo penal. Cabe mencionar entonces, que se podía considerar que, al realizar la acción nuclear del acoso sexual, con independencia del medio utilizado, se configuraba el delito.

Tal como señala Juan Antonio Altés Tárrega, el acoso sexual engloba todo tipo de conductas, las verbales, no verbales y físicas.¹⁰⁷ Por tanto, al haber un espectro tan amplio de los medios por los cuales puede cometerse el delito, no es posible agotar todas las posibilidades en la tipificación.

Por el contrario, Luis Humberto Abarca Galeas, considera que la forma de acoso contenida en el tipo, previo a la reforma, restringía su aplicación, excluyendo las formas de acoso sexual que se cometen mediante medios de comunicación electrónica.¹⁰⁸

Respecto a lo mencionado, se debe tener en cuenta que el exceso en la tipificación normativa sobre el medio de comisión de delitos constituye un limitante al ámbito de aplicación del tipo, dado que en virtud del principio de legalidad no sería posible sancionar las conductas excluidas por la tipificación.

Cuando se pretende incluir una mayor cantidad de conductas mediante una excesiva tipificación normativa, se produce el efecto contrario al dejar excluidas las conductas que no fueron contempladas en la descripción del tipo. En esta línea, se debe precisar que cuando se tipifica el medio ya que se corre el riesgo de dejar afuera a conductas que deberían estar contempladas con el verbo rector.

5.8. Afectación a la salud emocional

¹⁰⁶ Artículo 166. COIP.

¹⁰⁷ Juan Antonio Altés Tárrega, *El acoso sexual en el trabajo*, 31.

¹⁰⁸ Luis Humberto Abarca, *El acoso sexual*, 48.

Al igual que la tipificación del ciberacoso, la reforma del COIP del 30 de agosto del 2021, también se incluyó el siguiente inciso al final:

También se sancionará con el máximo de la pena establecida en este artículo según el caso que corresponda, **cuando producto de la afectación a la salud emocional de la víctima de este delito, se deriven o hayan derivado sobre sí misma, conductas autolesivas**, siempre que para la o el juzgador resulte demostrable que la afectación sufrida por la víctima fue determinante en el resultado dañoso autolesivo. (énfasis añadido)

Sobre este tema, la OIT desarrolla un listado respecto de las afectaciones en la salud que sufren las víctimas de acoso sexual, entre las que se incluye el sufrimiento psicológico, las enfermedades mentales, incluso suicidio.¹⁰⁹

Es importante mencionar que debe distinguirse la afectación a la salud emocional de la víctima que derive en conductas autolesivas como producto del delito de acoso sexual, frente al delito de instigación al suicidio.¹¹⁰ En este aspecto, cabe hacer referencia a lo señalado por Cruz Sánchez de Lara y Enriqueta Chicano Jávega, quienes indican que en 1995 en Virginia, Estados Unidos, tras constatar la causalidad entre el suicidio de Judith Coflin, una mujer acosada y los efectos provocados por el parte de sus jefes, los tribunales otorgaron una indemnización de seis millones de dólares por los daños y perjuicios causados.¹¹¹

En este sentido, es importante considerar que para que se aplique el máximo de la pena en el marco del presente inciso, debe acreditarse la causalidad entre la conducta típica del acoso sexual y el resultado consistente en las conductas autolesivas de la víctima. De otro modo, no se podría sostener que el sujeto activo maneja el curso causal de los efectos en la víctima si no se demuestra la causalidad entre los dos elementos.

Por otro lado, respecto de la afectación en la salud mental de la víctima, se ha defendido que para sancionar el acoso horizontal se debería requerir de la existencia de un daño a la salud mental de la persona. No obstante, tal como José Balta Varillas alude, este requisito supondría llegar a un extremo que restringiría excesivamente la aplicación del tipo, por lo cual no se permitiría una protección adecuada frente a estas conductas.¹¹²

¹⁰⁹ Organización Internacional del Trabajo, *El hostigamiento o acoso laboral*, 4.

¹¹⁰ Artículo 154.1. COIP.

¹¹¹ Cruz Sánchez de Lara et al, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, 107.

¹¹² José Balta Varillas, *Acoso sexual en las relaciones laborales*, 49.

6. Conclusiones y recomendaciones

Tras lo desarrollado en el presente estudio, se puede concluir que la tipificación del verbo rector y de los elementos normativos en el delito de acoso sexual trae implicaciones que se resumen en la vulneración de la integridad personal, que incluye la integridad sexual, la dignidad y la libertad sexual, entre otros bienes jurídicos amparados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este sentido, se pudo corroborar que, debido su tipificación, permite que conductas que deberían ser sancionadas queden en la impunidad o, en su defecto, por la ambigüedad de sus términos, se pueda caer en absurdos y sancionar conductas injustificadamente.

Por un lado, se pudo encontrar que al establecer que el verbo rector que configura el delito es “solicitar actos de naturaleza sexual”, se puede caer en absurdos en la aplicación del tipo penal. En este sentido, se concluye que no basta con simple solicitud, sino que ésta debe involucrar una vulneración a la esfera sexual de la víctima.

Asimismo, se desprende del análisis que se puede considerar, en cuanto a los elementos normativos del tipo penal consistentes en el acto de naturaleza sexual y las legítimas expectativas, no existir una definición legal de dichos términos, se presta a la subjetividad y a la inseguridad jurídica, permitiendo también sancionar conductas que no cobran relevancia suficiente en el ámbito penal.

Por el contrario, teniendo en cuenta que el delito se configura únicamente cuando existe una relación de subordinación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, por lo que el tipo penal resulta restrictivo, dejando impunes conductas en las que no medie una relación de dicha índole.

De igual manera, respecto de la tipificación de medios de comisión del delito, la aplicación del tipo penal se restringe, por cuanto excluye las conductas que no se encuentren contempladas, en aplicación del principio de legalidad. En este sentido, se puede concluir que hay un exceso en la tipificación normativa en cuanto al medio que delimita su aplicación, dejando en la impunidad a las conductas que se encuentren fuera de la tipicidad.

Por lo tanto, se propone una reforma al artículo 166 del COIP, que tipifica el acoso sexual, atendiendo los siguientes términos:

Se sugiere delimitar el ámbito de aplicación del tipo penal, que tal como se mencionó anteriormente, no satisface las necesidades de la sociedad. Uno de los principales

cambios que merece el delito de acoso sexual es la tipificación del acoso sexual horizontal, pues si bien en estos casos no se vulnera la libertad sexual, los bienes jurídicos señalados en el párrafo anterior resultan lesionados.

Se recomienda un cambio respecto del verbo rector, que consiste en “solicitar actos de naturaleza sexual”, el cual en la actualidad resulta en sanciones de conductas que no constituyen una lesión a la libertad sexual, merecedoras de una sanción penal. En este sentido, se recomienda incluir en la tipicidad un requisito adicional, que consista en la vulneración de la esfera sexual de la víctima para que se configure el delito, y no sea únicamente la solicitud.

Resulta importante proporcionar una definición legal respecto de lo que debe entenderse por legítimas expectativas, concebido como un elemento normativo del acoso sexual, lo cual facilitaría la constatación de la configuración del delito. Se propone que se defina al término “legítimas expectativas”, como aquellas expectativas con justa causa, conforme a las leyes, dejando fuera de ellas las que tengan el carácter de arbitrarias, caprichosas o ilegales. Asimismo, se sugiere que introduzcan como requisitos de la amenaza de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener la víctima en el margen de la relación, la gravedad, seriedad y verosimilitud, incorporando así una evaluación objetiva del contexto.

Se plantea la socialización del acoso sexual. La importancia de esta radica en la necesidad de crear conciencia sobre esta problemática en los diferentes espacios de interacción. En este sentido, debido a que el delito de acoso sexual es un delito pluriofensivo, de haber una socialización, se puede lograr una prevención general positiva de este. Asimismo, se sugiere la inclusión de programas de prevención de acoso sexual incentivados por medio de políticas públicas.

Finalmente, es importante tener en cuenta la necesidad de un nuevo enfoque preventivo ante el fenómeno del acoso sexual, a pesar de que el derecho penal reactivo siga siendo necesario mientras se produzcan situaciones de acoso sexual. Resulta conveniente combatir el acoso sexual desde la prevención.