



Roj: **SAP M 896/2007 - ECLI:ES:APM:2007:896**

Id Cendoj: **28079370172007100049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **17**

Fecha: **10/01/2007**

Nº de Recurso: **278/2006**

Nº de Resolución: **17/2007**

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **FERNANDO FELIPE ORTEU CEBRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE **MADRID**

SECCION 17ª

ROLLO DE APELACION Nº: 278/ 06 RP

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 486/2005

JUZGADO DE LO PENAL Nº 23 DE MADRID

MAGISTRADOS ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

D. JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO

Dª. MANUELA CARMENA CASTRILLO

D. FERNANDO ORTÉU CEBRIÁN (Ponente)

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de **Madrid**, en la causa al margen de referencia, ha dictado,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD, EL REY

la siguiente:

SENTENCIA Nº 17/2007

En la Villa de **Madrid**, a diez de enero de dos mil siete

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de **Madrid**, formada por los Ilustrísimos Señores Magistrados don JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, doña MANUELA CARMENA CASTRILLO y don FERNANDO ORTÉU CEBRIÁN, ha visto el recurso de apelación nº 278/06 interpuesto por la procuradora doña Ana María Ariza Colmenarejo en nombre y representación de doña Marina , y por la procuradora doña Carmen Pardillo Landeta en nombre y representación de don Jesús María , contra la **sentencia dictada** con fecha 31 de marzo de 2006, en procedimiento abreviado nº 486/2005 por el **Juzgado** de lo **Penal** nº **23** de los de **Madrid** ; intervino como parte apelada el Ministerio Fiscal y ambas partes a su vez como apeladas.

El Ilustrísimo Sr. Magistrado D. FERNANDO ORTÉU CEBRIÁN actúa como Ponente y expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2006, se dictó **sentencia** en procedimiento abreviado nº 486/2005 por el **Juzgado** de lo **Penal** nº **23** de los de **Madrid** .

En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos, como probados:

PRIMERO.- Se declara probado que, el acusado Jesús María , con DNI nº NUM000 , nacido el día 29 de abril de 1940 y por tanto mayor de edad, y cuyos antecedentes **penales** no constan, prestaba sus servicios profesionales en la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A. desde el 1 de enero de 1964.

A partir del 1 de febrero de 1996, y hasta que causó baja voluntaria el 1 de diciembre de 2003, fue destinado en el Centro Comercial que dicha entidad tiene ubicada en la calle Preciados de **Madrid**, asumiendo la dirección de la planta denominada "SEÑORAS".

Marina , trabaja por cuenta ajena para la citada entidad desde mayo de 1999, desarrollando sus labores profesionales en la misma planta que el acusado, dependiendo jerárquicamente del mismo.

SEGUNDO.- Hallándose la Sra. Marina el día 6 de junio de 2003 en el despacho del acusado, éste la cogió por la cintura, le colocó la mano en sus nalgas, y poniéndose el dedo en la boca le dijo que le diera un beso, logrando ella zafarse de él.

A continuación, y después de mantener una conversación sobre un turno de trabajo que a ella le interesaba, el acusado realizó una llamada telefónica, manifestando a su interlocutor: "tengo aquí a la niña de mis ojos y quiero que la ayudéis en la lista".

Cuando la Sra. Marina se disponía a salir del despacho, el acusado se le acercó y la quiso tocar el culo, sin conseguirlo.

TERCERO.- El día 7 de junio, y encontrándose ambos en su lugar de trabajo, el acusado se acercó a la Sra. Marina y le dijo que "él no se follaba a cualquiera".

CUARTO.- Durante la celebración del denominado "Festival de Complementos" que organiza la empresa entre los días 4 y 11 de octubre de 2003, el acusado se dirigió hacia la Sra. Marina diciéndole "qué buena que estás".

QUINTO.- El 14 de octubre de 2003, el acusado se dirigió hacia la Sra. Marina en su lugar de trabajo, diciéndole "qué buena que está y que medias tan sexy llevas".

Su parte dispositiva contenía el siguiente fallo:

"QUE, debo ABSOLVER Y ABSUELVÓ al acusado Jesús María del delito de acoso sexual por el que venía siendo enjuiciado, declarándose de oficio las costas del presente juicio.

SEGUNDO.- Contra dicha **sentencia**, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por las representaciones procesales de doña Marina y de don Jesús María .

TERCERO.- Se dio traslado a las demás partes personadas, a fin de que pudieran formular sus alegaciones presentando escrito de impugnación a dicho recurso el Ministerio Fiscal y ambas partes de contrario. Remitidas las actuaciones a este Tribunal, por providencia de fecha 16 de noviembre de 2006, se acordó señalamiento de vista para el próximo día 10 de enero de 2007 a las 10 horas, con el resultado de la diligencia de vista que obra unida al correspondiente rollo, quedando pendiente el procedimiento de resolución en esta segunda instancia.

HECHOS PROBADOS

Se asumen y tienen por reproducidos los fijados como tales en la **sentencia** recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la **sentencia absolutoria dictada** el 31 de marzo de 2006 por el **Juzgado** de lo **Penal** nº **23** de **Madrid** se ha interpuesto recurso de apelación tanto por la denunciante como por el denunciado.

Por lo que respecta al recurso interpuesto por la denunciante, el mismo contiene un único motivo en el que se denuncia infracción del artículo 184 del Código **Penal** .

Se expone en el referido recurso que, aceptando los hechos declarados probados, el objeto de la impugnación realizada radica única y exclusivamente en la consideración de tales hechos como constitutivos de un delito de acoso sexual, denunciando la concurrencia de error de derecho en la **sentencia** impugnada e infracción del artículo 184 del Código **Penal** al no considerar tales hechos como susceptibles de ser tipificados como acoso sexual.

Por su parte, el acusado absuelto Jesús María interpone igualmente recurso de apelación en el que sostiene, en primer lugar, la legitimación del acusado absuelto para recurrir en apelación en supuestos como el presente en los que, si bien el sentido del fallo de la **sentencia** ha sido absolutorio, de las declaraciones contenidas tanto



en el apartado de hechos probados como en los fundamentos jurídicos de la **sentencia** impugnada resulta un perjuicio o gravamen manifiesto a su honor.

Así, sin cuestionar en modo alguno el sentido absolutorio del fallo contenido en la **sentencia**, se desarrolla en el recurso un único motivo en el que se alega error en la apreciación de la prueba al declarar probado el Juez "a quo" erróneamente en la **sentencia** impugnada que el señor Jesús María realizó ciertos hechos y profirió ciertas expresiones que, no siendo más que literal transposición de lo denunciado, no han tenido el debido y exigible respaldo probatorio en el plenario.

En el desarrollo del motivo se combate por el recurrente la valoración que de la prueba testifical practicada en la persona de la víctima denunciante ha llevado a cabo el Juez "a quo". Así, se denuncia que la **sentencia** se limita a invocar como única supuesta prueba el testimonio constante de la denunciante, lo cual -se dice- debe analizarse a la luz de las exigencias que respecto de dicho medio de prueba exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En tal sentido entiende el recurrente que no concurre ninguno de los requisitos de los que reiterada jurisprudencia hace depender el valor incriminatorio de aquélla, y así se niega:

1.- En primer lugar, la ausencia de incredibilidad subjetiva:

Expone el recurrente que existen móviles de resentimiento evidentes en la propia declaración de la denunciante y en el contexto de su relación laboral, concretándolos en la animadversión que tendría la denunciante hacia el denunciado ante la negativa de éste a cambiar un turno de trabajo a aquélla, resaltando que el acusado carecía siquiera de tal potestad, pues excedía de sus posibilidades. A lo expuesto se añade y hace hincapié en el hecho de que la denuncia se interpusiera en el mes de mayo de 2004, cinco meses después de que el acusado dejará la empresa en diciembre de 2003 -y por tanto sin que el denunciando ejerciera ya función alguna en la empresa- y, además, en el marco de un conflicto sindical.

2.- En segundo lugar, se niega la verosimilitud del testimonio de la denunciante, lo que entiende el recurrente que resulta evidente de la propia **sentencia** cuando ningún dato objetivo refiere, además de la propia declaración de la denunciante, para sostener el relato fáctico que dice probado.

3.- Y en tercer lugar, se niega la persistencia la incriminación agregándose que no nos encontramos más que ante la evidencia de "una repetición de un disco con lección aprendida", poniendo de manifiesto una serie de circunstancias que, en su opinión, determinarían una incredibilidad que, se dice, llevó en su día al Ministerio Fiscal a solicitar el correspondiente sobreseimiento de la causa.

SEGUNDO.- A la vista del contenido de los recursos de apelación interpuestos, procede sin duda alguna iniciar el examen de los mismos por el recurso interpuesto por Jesús María , y ello por cuanto la estimación del mismo determinaría la negación de los hechos declarados probados en la **sentencia** impugnada y, en consecuencia, dejaría vacío de contenido el recurso interpuesto por Marina pues, partiendo éste de los hechos declarados probados, se centra en examinar la concurrencia de error de derecho en la **sentencia** impugnada a la hora de delimitar el alcance y contenido del art. 184 del Código Penal .

Reduciéndose el alegato impugnatorio contenido en el referido recurso a negar valor probatorio -con entidad suficiente a fin de enervar la presunción de inocencia del acusado- a la declaración testifical practicada en el acto del plenario por la víctima, conviene traer a colación la doctrina jurisprudencial relativa tanto el valor probatorio de la declaración de la víctima, especialmente en relación con los delitos contra la libertad sexual, como al alcance del recurso de apelación en relación con la revisión en esta Sede de la prueba de naturaleza personal practicada ante el órgano "a quo".

1.- Sobre la valoración del testimonio de la víctima, como única prueba existente la mayoría de las veces para basar un pronunciamiento condenatorio, ha tenido ocasión de pronunciarse reiterada y consolidada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional.

Así, han declarado los referidos Tribunales que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una **sentencia** condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado, que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2) Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona



ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (artículo 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

3) Persistencia en la incriminación; ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SSTS de 28 de septiembre de 1.988 (RJ 1988\7070), 26 de mayo (RJ 1992\4987) y 5 de junio de 1.992 (RJ 1992\4857), 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8795), 27 de abril (RJ 1995\3381) y 11 de octubre de 1.995 (RJ 1995\7852), 3 (RJ 1996\2866) y 15 de abril de 1.996 (RJ 1996\3701) y 29 de diciembre de 1.997 (RJ 1997\9218); STC de 28 de febrero de 1.994 (RTC 1994\64)).

Como colofón a lo expuesto ha reconocido reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (SSTC 201/1.989 (RTC 1989\201), 173/1.990 (RTC 1990\173) o 229/1.991 (RTC 1991\229); SSTS de 21 de enero (RJ 1988\410), 18 de marzo o 25 de abril de 1.988 (RJ 1988\2860), 16 (RJ 1991\118) y 17 de enero de 1.991 (RJ 1991\141), entre otras muchas), que las declaraciones de la víctima o perjudicado tiene valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, y también que son hábiles, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (SSTS de 19 (RJ 1991\9500) y 23 (RJ 1991\9721, 9727) de diciembre de 1.991, 26 de mayo y 10 de diciembre (RJ 1992\10203) de 1.992 , 10 de marzo de 1.993 (RJ 1993\2132)) y de manera específica en los delitos contra la libertad sexual, en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SSTS de 28 de enero (RJ 1995\24, 266) y 15 de diciembre de 1.995 (RJ 1995\9631)).

Y se dice que de no aceptarse la declaración de la víctima como prueba de cargo suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia, con los requisitos expuestos, se llegaría a la más absoluta impunidad de innumerables ilícitos **penales**, y así específicamente en los delitos que normalmente se desenvuelven bajo el absoluto secreto, en parajes o lugares solitarios, buscados o aprovechados por el agente para la realización o, cuando menos facilitación del proyecto criminoso concebido (STC de 28 de noviembre de 1.991 (RTC 1991\229) y SSTS de 8 de julio de 1.991 , 25 de mayo , 8 de junio (RJ 1992\4837), 8 de julio (RJ 1992\6554), 9 de septiembre (RJ 1992\7098) y 28 de octubre de 1.992 (RJ 1992\8549), así como la de 17 de noviembre (RJ 1993\8631) y 26 de mayo de 1.993 (RJ 1993\4321)).

2.- Y en relación con como el alcance del recurso de apelación en relación con la revisión en esta Sede de la prueba de naturaleza personal practicada ante el órgano "a quo" y el respeto al principio de inmediación no puede olvidarse que hasta la saciedad tienen dicho tanto el Tribunal Supremo **sentencias**, por ejemplo, de 10-2-90 y 11-3-91 como el Tribunal Constitucional en STC 167/2002 y 338/2005 , que en las pruebas de índole subjetiva, como son las declaraciones de los denunciados y testigos, es decisivo el principio de inmediación y, por ello, es el juzgador de instancia quien se halla en condiciones óptimas para decidir sobre la credibilidad que ha de darse a lo oído y visto en el juicio oral, pues cuando el medio de prueba es una persona, la convicción judicial se forma también por los gestos, expresión facial, tono de voz, firmeza, duda en las manifestaciones, inseguridad o incoherencia en las mismas a tenor de lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), pues cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones, la determinación de cuál es la verdadera depende claramente de la inmediación con la que esta prueba es recibida por el juzgador de instancia, por lo que, en consecuencia, en el marco estricto de la apelación, este Tribunal no puede ni debe revisar la convicción de conciencia del Juzgador de instancia respecto de una prueba que ni ha visto ni ha oído personalmente.

TERCERO.- Sobre las anteriores premisas jurisprudenciales, y por las razones que a continuación se expondrán, se ha de concluir que los hechos acaecieron tal y como han sido declarados probados en la **sentencia** impugnada, debiendo permanecer incólumes en esta Sede.

En primer lugar, y en contra de lo pretendido en el recurso interpuesto por Jesús María , no concurre causa alguna que determine la existencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio de la denunciante, sino más bien todo lo contrario.

Es precisamente el hecho alegado en el recurso de que el denunciado no trabajara ya para el Corte Inglés en la fecha en que se interpuso la denuncia lo que determina de manera indubitada la inexistencia de ánimo espurio alguno en la denunciante, pues obvio resulta que habiendo causado baja el denunciado en la empresa en el momento de presentarse la denuncia, ningún perjuicio en el ámbito laboral podría depararle la denunciante con su denuncia. Y si el expuesto sería el anverso de la moneda, desde el punto de vista del reverso de dicha moneda ninguna duda existe que precisamente el hecho de que el acusado causara baja en la empresa habría proporcionado a la denunciante una libertad para denunciar de la que pudiera carecer durante la situación



de alta laboral del acusado, pues en tal situación estaría plenamente justificado un hipotético temor a sufrir represalias en el ámbito laboral maquinadas por el denunciado.

En segundo lugar y por lo que respecta a la persistencia en la incriminación, ningún reproche se ha de hacer a la vista del el relato de hechos que conforman el acoso sexual denunciado y que ha sido ofrecido por la denunciante a lo largo de la causa.

Así, si se compara el contenido del acta del juicio oral obrante a los folios 325 y siguientes y el contenido tanto de la querrela su día formulada y obrante a los folios 1 y siguientes de la causa, como la propia declaración realizada ante el juez instructor y obrante al folio 43, se observa una persistencia sustancial y especialmente valorable a la vista del lapso de tiempo -casi tres años- transcurridos desde que ocurrieron los hechos y hasta la celebración del juicio oral.

Y, en tercer y último lugar, no puede negarse verosimilitud alguna a lo declarado por la víctima con base en una pretendida ausencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen lo declarado y ello con base en dos distintas razones:

A) En primer lugar, por cuanto el examinado constituye un requisito que no puede interpretarse de manera absoluta, sino de manera individualizada en relación con las concretas circunstancias en que se desarrolla cada supuesto y siempre teniendo en cuenta la naturaleza de hechos como los aquí examinados y las circunstancias en que los mismos se produjeron.

Así, en relación con los hechos denunciados en la presente causa resulta obvia, por una parte, la inexistencia de evidencias físicas que puedan corroborar la declaración de la denunciante, pues no existió agresión física que sí aparece en otro tipo de ataques contra la libertad sexual de las personas; y, por otra parte, que dado que conductas como la denunciada se suelen cometer sin concurrir presencia alguna de terceros, difícilmente puede obtenerse testimonio alguno corroborador de lo denunciado; únicamente podrían obtenerse meros testimonios de referencia que, al margen de su limitado valor probatorio en casos de imposibilidad de declaración de la fuente de conocimiento originaria, nada aportarían a la declaración de la víctima más allá del conocimiento, por así haberlo manifestado la propia víctima o un tercero, de que la víctima efectivamente padeció los hechos que denuncia.

B) Y en segundo lugar, por cuanto, en cualquier caso, en el supuesto examinado sí concurren corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalan lo declarado por la denunciante aun cuando la **sentencia** impugnada no las halla recogido.

Así, de la lectura del Acta del juicio oral se constata como la testigo María Dolores , declara como la denunciante, el 14 de octubre, le preguntó sobre la forma en que trataba la empresa el acoso sexual, refiriendo a continuación lo que le estaba sucediendo, relatando a continuación la testigo que en cierta ocasión vio al denunciado introduciendo la lengua en la oreja de una compañera, así como que una tercera compañera le comentó que, en cierta ocasión, el acusado le dijo "...que tenía la polla que no le cabía en la mano por cómo se pone" y, por último, una cuarta compañera refirió como el acusado la hostigaba y contaba chistes verdes, pidiéndola que no le dejara sola.

En suma, habiendo percibido el Juez "a quo" directamente los testimonios depuestos en el acto del juicio y concurriendo en la declaración de la víctima aquellos requisitos jurisprudenciales que racionalmente se pueden exigir a la vista de la particular naturaleza tanto de los hechos denunciados, procede desestimar el recurso interpuesto por Jesús María .

CUARTO.- Por lo que respecta al recurso interpuesto por Marina , el mismo contiene un único motivo en el que se denuncia infracción del artículo 184 del Código **Penal** .

Actualmente son tres los ámbitos que cuentan con una sanción expresa al acoso sexual:

1) La estrictamente laboral, el artículo 4.2º.e) del Estatuto de los Trabajadores , fruto de la adición operada por la Ley 3/1.989, dispone que " en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho ...al respecto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual";

2) El régimen administrativo sancionador, la Ley 50/1.998 introduce un nuevo apartado al artículo 96 ET , conforme al cual: "son infracciones muy graves... el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial". A ello deben añadirse todas las referencias legales que pudieran vincularse indirectamente con dicha conducta, de modo que: 1) en el ámbito laboral, y por su conexión con los artículos 10.1 º, 14 , 15 y 18.1º de la Constitución Española (RCL 1978\2836 NDL 2875), cabría invocar igualmente los artículos 4.2ºc) y d), 17 y 19 del ET (éste último en relación a la Ley 31/1.995 de Prevención de Riesgos Laborales) que, en su caso podrían amparar una medida empresarial disciplinaria



o reorganizativa, o una resolución del contrato a instancia de la víctima; 2) En el ámbito **penal**, cabría ubicar determinados supuestos en el ámbito del delito de amenazas condicionales (art. 171.1 CP) o del delito contra los derechos de los trabajadores (en concreto el previsto en el artículo 314 CP) o en los artículos 173 y 620.2 del Cp ; 3) En el ámbito administrativo sancionador, tendrían igualmente cabida los artículos 96.11 ° y 12° ET y, eventualmente, los artículos 47.7 °, 15 ° y 16 ° y 48.4 ° y 8° de la LPRL ; y

3) El **penal**, en virtud del artículo 184 del Código **Penal** , introducido por la Ley Orgánica 10/95, modificado por la L.O. 11/1.999.

Por lo que respecta al ámbito **penal**, la introducción del delito de acoso sexual tuvo lugar en el seno de las discusiones parlamentarias del actual Código **Penal**, a través de una enmienda del Grupo Parlamentario de IU que pretendió agregar un nuevo tipo de delitos contra los derechos de los trabajadores y que, tras los debates parlamentarios, dio lugar al originario art. 184 . No figuraba en los antecedentes más inmediatos, los Anteproyectos de 1.992 y 1.994, precursores del Código de 1.995, y no hay referencia alguna a ella en la Exposición de Motivos del Código que calla así la justificación político-criminal del nuevo delito. Sin embargo, con anterioridad se había producido una discusión doctrinal a favor de su tipificación (De Vega, El acoso sexual como delito autónomo, **Madrid**, 1.991), ya en contra, por considerarlo contradictorio con otras figuras delictivas -amenazas condicionales o tentativa de abuso sexual con prevalimiento-, si bien aunque podían subsumirse tales conductas en las figuras delictivas citadas, en la práctica casi nunca se hacía (C. y Z.). Opiniones estas que reflejan en todo caso la sensibilidad social sobre un fenómeno, más o menos extendido, que incidía más acusadamente sobre las mujeres trabajadoras, afectando a su dignidad como personal.

El tipo **penal** de acoso sexual del Código **Penal** de 1.995 dejaba sin sanción **penal**; a) El acoso sexual en el cual no se solicitaba ningún comportamiento sexual sino que consistía en crear una atmósfera laboral hostil por las continuas referencias o alegaciones sexuales; b) El acoso sexual cuando quien solicitaba algún tipo de comportamiento no estaba en una relación de superioridad; c) El supuesto en que el mal recae sobre una persona distinta de aquélla de quien se solicita el comportamiento sexual.

Actualmente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/99, el tipo **penal** del artículo 184 , acoso sexual, queda redactado de la siguiente forma:

"1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para si o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado con las penas de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con un anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses. 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo".

En el supuesto examinado el Juez "a quo" dicta un fallo absolutorio al entender que falta uno de los elementos del tipo señalados en artículo 184.1 del Código **Penal** , concretamente la "solicitud de favores de naturaleza sexual", razón por la cual - se dice en la **sentencia**- "...no puede considerarse la existencia de tal delito de acoso sexual, único por el que se acusa, lo que obliga necesariamente a un pronunciamiento absolutorio en favor del acusado".

El Juez "a quo", tras declarar probado como el acusado, el 6 de junio de 2003 y en el interior de su despacho, en primer lugar, cogió por la cintura y puso la mano en el culo de la denunciante diciéndola que le diera un beso en la boca; en segundo lugar, llamó a la Sección de Personal diciendo "tengo a la niña de mis ojos y quiero que la ayudéis en la lista"; en tercer lugar, intentó nuevamente tocar el culo a la denunciante cuando ésta se disponía a salir del despacho del acusado; en cuarto lugar, entre el 4 al 11 de octubre de 2003 hizo saber a la acusada lo buena que estaba y que llevaba unas medias muy sexy; y en quinto y último lugar y en fecha 14 de octubre de 2003, llegó a decir a la denunciante "yo no me follo a cualquiera", considera que no existe la "solicitud de favores sexuales" requerida por el tipo **penal** y que -entiende el propio Juzgador- abarcaría el pretender, requerir, pedir o procurar con insistencia tener amores.

Pues bien, este Tribunal discrepa de la conclusión a la que ha llegado el Juez "a quo" pues, en nuestra opinión, ninguna duda cabe que la conducta del acusado, con las expresiones y actos referidos, constituyen prueba suficiente a fin de entender que la intención del acusador era obtener trato sexual de la denunciante, no



existiendo duda alguna de que el mismo pretendió y procuró con insistencia tener amores con la acusada, cumpliéndose así el tipo examinado:

1.- Así, declarado probado que el acusado el 6 junio de 2003 cogió a la denunciante por la cintura, la colocó la mano sus nalgas y, poniéndose un dedo en la boca, le pidió que le diera un beso, ninguna duda cabe de que dicha frase constituye requerimiento, petición o pretensión de tener amores;

2.- En el mismo sentido ha de entenderse que entre los días 4 y 11 de octubre 2003 insistiera diciendo a la acusada "que buena estás y qué medidas tan sexy llevas".

3.- E igual trascendencia adquiere que el 14 de octubre de 2003 el acusado dijera a la denunciante "yo no me follo a cualquiera", sin que pueda aceptarse la tesis sostenida en el recurso interpuesto por el acusado y según la cual la expresión "yo no me follo a cualquiera" es precisamente indicadora de la ausencia de voluntad por parte del acusado de tener relaciones sexuales con la denunciante, siendo precisamente la conclusión opuesta la que se extrae a la vista del contexto en que dicha frase se produjo, pues si bien la reiterada frase, pronunciada de forma aislada pudiera entenderse como un rechazo de un varón frente a una proposición de una mujer, lo cierto es que cuando se dice en un contexto tanto temporal como espacial como el descrito en la propia **sentencia** impugnada y en el que el acusado no sólo ha dirigido piropos más o menos groseros a la denunciante, sino que ha procedido a tocar zonas erógenas de la denunciante y ha llegado a requerir expresamente que le diera un beso, ha de entenderse como un halago del varón a la mujer, en el entendimiento de que ésta ha de considerarse afortunada de que el varón que profiere dicha expresión halla puesto interés en ella, interés cuya naturaleza sexual resulta indubitado a la vista de los actos realizados y frases proferidas.

Por lo que respecta a los restantes elementos del tipo examinado, "en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante", ninguna duda existe en cuanto a la relación laboral; y el efecto intimidatorio, hostil o humillante queda reflejado en la declaración de Marina , en los informes médicos aportados con la querrela y, por último, a través de la pericial elaborada y ratificada la instancia por los Doctores Francisco , Carlos Ramón y Claudio , quienes concluyen que la denunciante padeció estrés postraumático como consecuencia de acoso sexual padecido en el trabajo.

QUINTO.- De dicho delito es responsable en concepto de autor el procesado Jesús María por haber realizado material, directa y voluntariamente los hechos que los integran (artículo 28, párrafo 1º del Código **Penal**), constituyendo la conducta probada el tipo **penal**, en los términos descritos en los fundamentos precedentes.

SEXTO.- No concurre circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal alguna.

SÉPTIMO.- Con respecto a la individualización punitiva, a la vista de la redacción del Código **Penal** vigente en el momento de cometerse los hechos y teniendo en cuenta la falta de antecedentes **penales** del acusado, procede imponerla en la mínima de arresto de doce fines de semana.

No obstante lo anterior, la pena impuesta, de arresto de fin de semana, ha sido suprimida de la relación de penas privativas de libertad prevista en el art. 35 del Código **Penal** , en virtud de la reforma del Código por LO 15/2003, de 25 de noviembre. Consecuentemente nos encontramos ante una pena no procedente.

En esta situación, y como la pena no puede ser revisada con la nueva penalidad prevista en la nueva redacción típica del artículo 184 del Código **Penal** , por ser más gravosa, son posibles dos soluciones (cfr STS 1301/2005, de 8 de noviembre (RJ 2006\2549):

A) La primera, de conformidad con la Disposición Transitoria 8ª del Código **Penal** de 1995 , considerar que cada arresto de fin de semana equivale a dos días de privación de libertad.

B) La segunda, de conformidad con el art. 88, sustituir la pena impuesta por la de multa o por la de trabajo en beneficio de la comunidad.

Esta segunda solución, que no implica privación de libertad, parece más adecuada a la finalidad y espíritu de la pena de arresto de fin de semana que se sustituye y que estaba previsto en el Código al tiempo de la comisión de los hechos. Dicha sustitución que deberá realizarse en la ejecutoria deberá tener en cuenta las prevenciones que el art. 88 prevé para la sustitución.

OCTAVO.- El art. 109 del Código **Penal** establece que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos en las Leyes los daños y perjuicios por él causados.

El art. 116.1 del Código **Penal** establece que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.



Sobre tal premisa y a la vista de los daños alegados y que no pueden calificarse sino como morales conviene recordar que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo exige acreditar la realidad y alcance del daño, esto es, su existencia y contenido o entidad, y que ello es aplicable al daño moral.

A su vez, en relación con el daño moral y la necesidad de acreditación recuerda la STS 533/2002, de 31 de mayo (RJ 2000\5089) que, "...aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 octubre 1996 [RJ 1996\7235]), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 febrero 1994 [RJ 1994\1308]), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (S. 3 junio 1991 [RJ 1991\4407]), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (S. 14 diciembre 1993 [RJ 1993\9886]), o no se admita la indemnización -compensación o reparación satisfactoria- por falta de prueba (S. 19 octubre 1996 [RJ 1996\7508]). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. 23 julio 1990 [RJ 1990\6164], 29 enero 1993 [RJ 1993\515], 9 diciembre 1994 [RJ 1994\9433] y 21 junio 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las **Sentencias** de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994 . Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad (SS. 15 febrero 1994 y 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria".

Esta última línea doctrinal es la aplicable al caso examinado pues es evidente e innegable el daño causado a la denunciante, quien llegó a estar de baja laboral como consecuencia de la actitud y actuación del acusado, estimándose procedente establecer como cuantía a indemnizar la de 1.000 euros, a la vista de los indudables padecimientos y trastornos que se han causado a la denunciante.

NOVENO.- Las costas tanto de la apelación como de la instancia serán impuestas, por imperativo de los artículos 123 del Código **Penal** y 240 LECrim , a los penalmente responsables del delito o falta, en este caso a Jesús María .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Carmen Pardillo Landeta, en nombre y representación de don Jesús María Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Ana María Ariza Colmenarejo en nombre y representación procesal de doña Marina contra la **Sentencia dictada** por el **Juzgado** de lo **Penal** nº **23** de los de **Madrid** de fecha 31 de marzo de 2006 y **número** 117/06 en procedimiento abreviado nº 486/2005 y REVOCANDO la misma CONDENAMOS a Jesús María como autor de un delito previsto y penado en el artículo 184 del Código **Penal** , imponiendo la pena de ARRESTO DE DOCE FINES DE SEMANA, que, de conformidad con el art. 88 del Código **Penal** , será sustituida en el trámite de ejecución de **sentencia** por la de multa o por la de trabajo en beneficio de la comunidad. Asimismo, el condenado deberá indemnizar a Marina en la cantidad de 1.000 euros.

La presente **sentencia** es firme, con lo que se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 248 de la L.O.P.J .

Con testimonio de la presente Resolución, devuélvase los Autos originales al **Juzgado** de su procedencia para su ejecución y cumplimiento, notificándose la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

Así por esta nuestra **Sentencia** definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada la anterior **sentencia** por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dicta, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que doy fe.