



Trabajo de Fin de Master

**ANÁLISIS DEL DELITO DE
STALKING DEL ARTÍCULO 172 TER
DEL CÓDIGO PENAL.
SU PERSPECTIVA PENAL.**

Presentado por:

Raluca María Constantinescu

Tutor/a:

Juan José Periago Morant

Master Universitario en Abogacía

Curso académico 2019/20
Fecha de defensa: Enero 2020



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

Trabajo de Fin de Master

Master Universitario en Abogacía

Curso académico 2019/20
Fecha de defensa: Enero 2020

Resumen:

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de una nueva forma de acoso denominada *stalking*, introducida recientemente en el artículo 172 ter del Código Penal, a través de un estudio doctrinal y jurisprudencial del mismo. Anteriormente, las conductas constitutivas de acoso intentaban encuadrarse en otros tipos penales, tales como el delito de amenazas o coacciones. No obstante, la existencia de multitud de dificultades supuso la necesidad de contar con una regulación específica. El referido artículo sanciona las conductas reiteradas e insistentes por las que se altere gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, viéndose ésta obligada a modificar sus hábitos de vida cotidiana.

Palabras clave: Acoso, *stalking*, hostigamiento, persecución, delitos contra la libertad, alteración vida cotidiana, reiteración e insistencia.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
Art.	Artículo.
CE.	Constitución Española.
CP.	Código Penal.
CGPJ.	Consejo General del Poder Judicial.
FGE.	Fiscal General del Estado.
LO.	Ley Orgánica.
Núm.	Número.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS.	Tribunal Supremo.
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. CONCEPTO.....	5
2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA.....	6
3. DERECHO COMPARADO.....	8
4. NECESIDAD DE INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL.....	9
5. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.....	11
5.1. Bien jurídico protegido.....	11
5.2. Sujetos.....	14
5.3. Elementos del tipo.....	15
5.3.1. <i>Elementos comunes</i>	16
A) <u>“De forma insistente y reiterada”</u>	16
B) <u>“Sin estar legítimamente autorizado”</u>	19
C) <u>“Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”</u> ..	20
5.3.2. <i>Modalidades de conducta</i>	22
A) <u>Vigilar, perseguir o buscar cercanía física</u>	22
B) <u>Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas</u>	23
C) <u>Adquirir productos o mercancías, contratar servicios, o que haga que terceras personas se pongan en contacto con la víctima mediante el uso indebido de datos personales</u>	24

D) <u>Atentar contra su libertad, patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de personas próximas a ella.....</u>	25
5.4. Tipo subjetivo.....	26
5.5.- Subtipos agravados.....	27
5.6.- Penalidad.....	29
5.7.- Cláusula concursal.....	30
CONCLUSIONES.....	32
BIBLIOGRAFÍA.....	34

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo trata sobre una nueva forma de acoso denominada *stalking*, que ha sido introducida recientemente en el artículo 172 ter del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El objetivo del trabajo es analizar esta nueva figura delictiva desde su perspectiva penal, mediante un estudio de la doctrina y jurisprudencia emitida, interpretando el artículo 172 ter del Código Penal y ofreciendo la solución que se considera más adecuada a los problemas que se plantean.

En primer lugar, es preciso establecer cuál es el concepto de *stalking*, seguido de una necesaria aproximación histórica y breve referencia al Derecho Comparado, analizando la necesidad de incorporación de esta figura delictiva en la legislación penal. Posteriormente se diseccionan los elementos que componen el tipo penal, acudiendo para ello tanto a las consideraciones efectuadas por la doctrina como jurisprudencia más reciente. Finalmente, y de forma sintética se exponen las principales cuestiones abordadas y la posición personal adoptada en relación a las mismas.

La figura delictiva del *stalking* suscita interés por su reciente incorporación en el Código Penal, y, por consiguiente, el nuevo tratamiento que precisa su contenido, así como la gran problemática derivada de su redacción y las numerosas críticas por parte de la doctrina.

1. CONCEPTO.

Se entiende por *stalking* la persecución continuada e intensiva de un sujeto, denominado *stalker*, contra una persona determinada, sin su consentimiento, con la finalidad de iniciar o restablecer un contacto personal con la misma, produciendo miedo o preocupación en la víctima, de manera que ésta se vea obligada a modificar sus hábitos de vida cotidianos.¹

¹ MARTIN NAJERA, P., "El nuevo delito de *stalking* del artículo 172 ter Código Penal.", en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº1, 2016, p. 24.

El acoso o *stalking*, también denominado delito de acecho u hostigamiento, puede llevarse a cabo mediante llamadas telefónicas continuas, mensajes, vigilancia, seguimientos o cualquier otra fórmula que pueda lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, aunque no se produzca violencia.

Se trata de comportamientos que constituyen amenazas, actuando el individuo acosador con la intención de provocar un temor real y suficiente en el individuo acosado. Para que se contemple el delito, el sujeto pasivo debe verse obligado a modificar sus actividades cotidianas siendo coartada su libertad de obrar, y con la consecuente provocación de un sentimiento de inseguridad.

El acoso se da principalmente en el ámbito de pareja, pues el supuesto más habitual es el hostigamiento del hombre hacia la mujer tras la ruptura de una relación sentimental no aceptada. Por ello, el acoso puede concebirse como una forma de violencia de género, y con su regulación se trata de combatir especialmente los actos de carácter amenazador del hombre a la mujer con la que ha estado unido afectivamente, actos que, sin constituir propiamente un delito de amenazas, dañan la libertad de obrar de la víctima.²

2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA.

Las conductas asociadas al acoso eran frecuentes en contextos de violencia de género, no obstante, nunca habían sido objeto de tipificación, ni de un revuelo mediático en la sociedad. Esta situación cambia por completo debido a varios sucesos dramáticos de los cuales fueron protagonistas personajes públicos. El origen del fenómeno "*stalking*" tuvo lugar en los años 90 en Estados Unidos, como respuesta a diversos asesinatos de personajes públicos a manos de sus acosadores.³

² ROIG TORRES, M., "El delito de acoso (art.172 ter CP) como modalidad de violencia de género. Comparativa con el «Nachstellung».", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (2018), ISSN 1137-7550, p. 308.

³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso.*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 60.

Entre ellos, se puede citar como uno de los casos más impactantes el de John Lennon en 1980. Cuando Mark David Chapman, fan de The Beatles, disparó a Lennon en la puerta de su casa, sin haber llevado a cabo conductas de acoso de forma previa. La muerte de John Lennon se relaciona con el *stalking* en la medida en que se pretende sancionar la peligrosidad criminal de determinados sujetos, aunque no hayan llevado a cabo ninguna acción delictiva de forma previa.

Tal y como señala TAPIA BALLESTEROS⁴, el primer caso que dio lugar a la necesidad de tipificar el delito de acoso, fue el asesinato de una joven actriz, Rebecca Sheaffer, en 1989, por parte de Robert John Bardo, quien llevaba tres años enviándole cartas, llegando a acudir incluso al lugar de rodaje de una de sus series con un regalo y un cuchillo. De este modo, la regulación del acoso supuso un mecanismo adicional de protección a la violencia de género, ya que anteriormente habían fallecido numerosas mujeres a manos de sus ex parejas, quienes habían llevado previamente actos de persecución.

Por todo ello, el delito de acoso fue reconocido jurídicamente en el Estado de California en 1990, donde se promulgó la primera Ley Anti-stalking, lo que dio lugar a que el resto de Estados aprobaran normas para luchar contra el acoso. Posteriormente, dadas las disparidades legislativas existentes respecto a este nuevo delito, se aprobó el Model Anti-Stalking Code, el cual sirvió para la unificación de la regulación del delito de acoso.⁵

Este fenómeno se extendió por el mundo del *Common Law*, alcanzando en la actualidad a la Europa continental, como se verá en el siguiente apartado dedicado al Derecho Comparado.

⁴ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking.*, Ed. Bosch, Barcelona, 2016, p. 45-48.

⁵ MAUGERI, A. M., "El stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación.", en, *Revista Penal*, n.º38 (Julio 2016), p. 238-239.

3. DERECHO COMPARADO.

A continuación haremos una breve referencia al Derecho Comparado, destacando los aspectos más relevantes en países como Reino Unido, Alemania o Austria, entre otros.

Partiendo de la definición contenida en el *Convenio de Estambul*, la configuración típica que más se ajusta a ella es la inglesa, que castiga el mero hecho de “molestar” a una persona siempre y cuando se produzca miedo en la víctima. De este modo, tal y como establece MAUGERI⁶, se atribuye plena tutela a la víctima, dado que el carácter molesto de las conductas reiteradas es valorado desde la perspectiva de la misma. El *Protection from Harassment Act* será el primer antecedente europeo de la tipificación expresa del acoso como delito.

El acoso es un concepto con evidentes referencias de naturaleza subjetiva, ello implica dificultades para establecer una regulación con carácter uniforme. En algunos ordenamientos, los actos constitutivos de acoso se catalogan por la casuística, lo que desprotege a los posibles sujetos pasivos de la invención de nuevas formas de comisión. Frente a ello, se encuentra el sistema que establece cláusulas generales, lo cual abarca una amplia gama de conductas, que si se les da una interpretación extensiva puede ocasionar colisión con principios como el de legalidad.

La regulación casuística tiene lugar en ordenamientos como el alemán o austríaco, donde no se abarcan todas las formas posibles de comisión de acoso. El sistema austríaco contempla el tipo como un delito de mera actividad, y serán los jueces quienes decidan qué actos son idóneos para entender la presencia del acoso. El alemán, establece una rigurosa tipificación de conductas, contemplando como hipótesis más grave cuando el acto típico

⁶ MAUGERI, A.M., “El stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación.”, cit., p. 240-250.

constituya amenazas contra la vida, la salud, la integridad física y moral y la libertad.⁷

Por su parte, el *Codice Penale* italiano, al igual que el ordenamiento español, entiende el delito de acoso como un delito de resultado, entendiendo por acoso las molestias o amenazas reiteradas, con la finalidad de provocar miedo en la víctima llevándole a cambiar su forma de vida habitual. No obstante, el legislador italiano no realiza una enumeración de las conductas que pueden ser constitutivas de acoso, lo que VILLACAMPA ESTIARTE⁸ considera un inconveniente, dado que supone un riesgo de indeterminación.

Destacar también el ordenamiento holandés, que reconoce la existencia del delito de acoso, pero establece la obligación de acudir a la vía de mediación entre las partes; estableciendo que en caso de no prosperar ésta, la víctima podrá acudir a la vía civil, y si tampoco consigue la protección deseada, podrá acudir a la respuesta penal.

Finalmente, decir que la regulación canadiense sanciona expresamente el *stalking* incluso cuando se realiza con imprudencia, permitiendo castigar a quien no tenía la intención de molestar, pero que era consciente del riesgo de molestia que suponía su conducta para la víctima.⁹

4. NECESIDAD DE INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL.

La tipificación del acoso ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷ MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J., *El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter.*, en *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 3.

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código Penal Italiano.", en *Revista para el análisis del derecho*, nº3, Barcelona, 2009, p. 21.

⁹ MAUGERI, A. M., "El stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación.", cit., p. 240-250.

Con anterioridad a la reforma de 2015, las conductas que hoy en día constituyen el delito de acoso, se encuadraban en otros tipos penales tales como delitos contra la libertad, delitos contra la intimidad y delito de trato degradante. En la mayoría de los casos, las conductas de *stalking* quedaban subsumidas en los delitos de coacciones y amenazas. No obstante, los referidos tipos penales no captaban realmente el desvalor del hecho de “acosar”, con lo cual era necesario regular esta figura jurídicamente.

En la introducción de un delito como el contenido en el art. 172 ter CP ha tenido notable influencia el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y la violencia doméstica de 2011, conocido como el “Convenio de Estambul” (que España ratifica el 10 de abril de 2014), pues esta norma prevé en su artículo 34 la obligación de los Estados Miembros de tipificar los comportamientos amenazadores contra otra persona cuando se realicen en varias ocasiones y le lleven a temer por su seguridad.

La finalidad del art. 172 ter CP, tal y como se justifica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, es sancionar aquellas conductas que se producen de forma reiterada y que pueden lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima y que en muchas ocasiones no pueden castigarse como delitos de amenazas o coacciones porque no llega a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones).¹⁰

El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, valoró positivamente la introducción del delito de acoso para dar respuesta a aquellas conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas.¹¹

¹⁰ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 16 de enero de 2013., p. 290.

En dicho informe se hacía hincapié en que si bien cada uno de los actos en que consiste el acoso no son punibles individualmente, su reiteración constituye una agresión psicológica, que lleva a la víctima a un estado de temor y ansiedad.¹² Es por ello que el CGPJ justifica el tratamiento punitivo del acoso, de una manera similar a figuras existentes en el Derecho Comparado.

Por otro lado, el Informe del Consejo Fiscal, a pesar de considerar que el precepto presenta una defectuosa técnica jurídica y falta de precisión, también consideró positivamente la incorporación de este nuevo tipo penal, dado que se consigue evitar la impunidad de ciertos comportamiento que atentan contra la libertad y seguridad de la víctima.

5. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.

El art. 172 ter CP ha suscitado numerosas críticas por parte de la doctrina, entre otras, destacan aquellas que se refieren a su ubicación sistemática, la falta de precisión en la redacción del precepto, la improcedente referencia a la autorización, la infracción del principio *ne bis in ídem* derivada de la regla concursal, etc.

A continuación se señalan las cuestiones más problemáticas derivadas de la configuración típica existente.

5.1.- Bien jurídico protegido.

El delito de acoso se encuentra regulado en el art. 172 ter CP, ubicado dentro del Capítulo III dedicado a las coacciones y, a su vez, en el Título VI del Libro Segundo del Código Penal, donde se regulan los delitos contra la libertad. Esto nos lleva a entender que el bien jurídico protegido es la libertad, si bien, atendiendo a lo expresado en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, se

¹² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 16 de enero de 2013., p. 167.

protege también la seguridad, es decir, el derecho a la tranquilidad o sosiego, necesarios para decidir y obrar de manera libre.

No obstante, existe una división doctrinal, en la que una parte mayoritaria considera como bien jurídico la “libertad de obrar”, una doctrina minoritaria se decanta por “la integridad moral de la persona”, y otros autores defienden que el acoso abarca la protección de más de un bien jurídico. Esta confusión para precisar cuál es el bien jurídico protegido se debe a la amplitud e indeterminación del empleo en el tipo de la frase “grave alteración de la vida cotidiana”.

Tanto la doctrina mayoritaria¹³ como la jurisprudencia consideran la libertad como el bien jurídico protegido del art. 172 ter CP. Dicha libertad se entiende en un sentido amplio, abarcando las tres fases del proceso volitivo como son la libertad de formación, de decisión y de ejecución de la voluntad; por ello, autores como GALDEANO SANTAMARÍA¹⁴ afirman que las conductas de *stalking* provocan angustia, intranquilidad y sensación de temor en el sujeto pasivo, atentando contra la libertad de la víctima y el desarrollo de su vida cotidiana.

Autores como TAPIA BALLESTEROS¹⁵ sin embargo sostienen firmemente que la integridad moral es el bien jurídico protegido. Entienden que la integridad moral hace referencia al derecho de no ser sometido a comportamientos humillantes u hostiles, es decir, a la capacidad con la que cuenta cada persona para decidir por sí y sobre sí misma. Por nuestra parte se discrepa con esta doctrina minoritaria, puesto que este tipo delictivo no tiene por qué reunir

¹³ GUITIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Acoso-stalking 173 ter.*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 584; ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades.”, en *La Ley Penal*, nº105, 2013, p. 8; BAUCCELLS LLADÓS, J., “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento.” en PÉREZ CEPEDA, A. (directora), *El proyecto de Reforma del Código Penal de 2013*, 2014, p. 81.

¹⁴ GALDEANO SANTAMARÍA, A., *Acoso-stalking: art. 173 ter.*, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 568-579.

¹⁵ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking.*, cit., p. 134-143.

siempre las notas propias de un trato degradante, sino que constituye más bien un supuesto de acoso psicológico.

Por otro lado, son numerosos los autores que defienden el *stalking* como un delito complejo que integra más de un bien jurídico protegido. En este sentido se pueden encontrar autores como MENDOZA CALDERON¹⁶, CÁMARA ARROYO¹⁷ y GARCÍA SEDANO¹⁸, que defienden como bienes a considerar la seguridad de la víctima junto a la libertad, sin perjuicio de que puedan resultar lesionados otros bienes jurídicos atendiendo a la conducta llevada a cabo por el sujeto pasivo.

Respecto de la problemática de la determinación del bien jurídico en la jurisprudencia, la primera sentencia dictada teniendo como protagonista el delito de *stalking* fue la del Juzgado de Instrucción nº3 de Tudela núm. 260/2016, de 23 de marzo, que establece como bien jurídico protegido la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. A tenor literal de la misma, *“Las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo.”*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27) en la Sentencia núm. 738/2015, de 10 de diciembre, según la cual: *“... el autor busca restringir la libertad ajena, desplegando cualquiera de las conductas determinadas en el tipo penal enunciado, con lo que se produce el quebranto del derecho a la libre determinación de la víctima quien, durante el período por el que se prolongaron las llamadas telefónicas, mensajes, y*

¹⁶ MENDOZA CALDERON, S., *El delito de stalking: análisis del artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013.*, en MUÑOZ CONDE, F. (director), DEL CARPIO DELGADO, J. / GALÁN MUÑOZ A. (coordinadores), *Análisis de las Reformas penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.133.

¹⁷ CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking.”, en *La Ley Penal*, nº 121, 2016, p. 7.

¹⁸ GARCÍA SEDANO, T., “El stalking.”, en *La Ley Penal*, nº 123, 2016, p. 3.

llamadas al propio domicilio de sus padres, en el que ella se había refugiado, vio impedido su normal propósito de llevar a cabo una vida normal. La invasión e injerencia en la libertad y grave quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia voluntad es evidente.”

Asimismo, nuestro Tribunal Supremo cuando se pronunció por primera vez sobre del delito de *stalking* en la Sentencia núm. 324/2017, de 8 de mayo, sostuvo que el bien jurídico protegido en esta materia es *“la libertad que queda maltratada por una obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de hostigamiento.”*

Una vez presentadas las diversas posiciones, el punto de vista que se sostiene en este trabajo es el de considerar que el *stalking* es un tipo penal con doble protección, siendo la libertad y la seguridad los principales bienes jurídicos protegidos. Tal vez, hubiese sido preferible dedicar al *stalking* un Capítulo independiente bajo la rúbrica “Del acoso”, dentro de los delitos contra la libertad.

5.2.- Sujetos.

El *stalking* es un delito común, en el cual tanto el sujeto activo como el pasivo puede ser cualquier persona. Autores como ALONSO DE ESCAMILLA¹⁹ sostienen que no existen unas características comunes a todo acosador, no obstante, algunas de las justificaciones que los acosadores emplean hacen referencia a obsesiones amorosos con la víctima.

En cuanto a la existencia de un posible perfil típico del acosador y de su víctima, se han realizado diferentes estudios, y los resultados permiten efectuar aproximaciones a alguna de las características comunes a los sujetos del delito de *stalking*.

¹⁹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades.”, cit., p. 6.

Comenzando por el perfil típico del *stalker*, la mayoría de los acosadores son de sexo masculino. VILLACAMPA ESTIARTE²⁰ distingue entre tres modelos de tipologías:

1.- Tipologías basadas en el *desorden mental del acosador*, distinguiéndose entre los erotómanos (poseen un deseo sexual exagerado hacia una persona), los obsesivos del amor (sufren un fuerte encaprichamiento con su víctima) y los obsesivos simples (persiguen a sus víctimas con las que han tenido alguna relación).

2.- Tipologías en función de la *relación acosador-víctima*. En esta categoría a su vez existen dos grupos de *stalkers*, por un lado, quienes han tenido una previa relación con la víctima, y, por otro, quienes únicamente han mantenido un contacto mínimo o ninguno.

3.- Tipologías según la *motivación del acosador*. Aquí se diferencian entre cinco categorías de *stalkers*: los rechazados, los que tratan de conseguir intimidad con la víctima, los resentidos, los depredadores y los incompetentes.

En cuanto a las víctimas del delito de acoso, pueden ser tanto hombres como mujeres; no obstante, el porcentaje de víctimas de sexo femenino es mayor, principalmente a manos de sus exparejas.

5.3.- Elementos del tipo.

El delito de acoso se encuentra tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal, a tenor del cual:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso.*, cit., p. 94-103.

2.^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguidos mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

5.3.1.- Elementos comunes.

A) “De forma insistente y reiterada”.

Uno de los elementos comunes requeridos para que la conducta acosadora genere relevancia penal es la *insistencia* y *reiteración* de la misma, no siendo suficiente un único ataque a la víctima. Dichos términos son conceptos jurídicos indeterminados, pues ni se encuentran definidos en la Ley, ni se establece el número de veces que la conducta debe llevarse a cabo para considerarla realizada de manera insistente y reiterada.

Los referidos adjetivos se consideran contradictorios entre sí, ya que la reiteración requiere según la jurisprudencia únicamente dos ocasiones, mientras que mediante la insistencia se exige una mayor intensidad en la ejecución de las conductas típicas. Es fácil observar que el legislador ha optado por no determinar el número de ocasiones y el período de tiempo en

que deben llevarse a cabo las conductas típicas, dejando en manos de los tribunales su determinación.

En la doctrina no existe unanimidad acerca del número de conductas y sobre su habitualidad. Así, BAUCELLS LLADÓS²¹ señala que como mínimo la conducta debe repetirse diez veces en un lapso de tiempo mínimo de cuatro semanas o dos veces a la semana en un período de seis meses, mientras que MATALLÍN EVANGELIO²² exige que tengan lugar más de dos actos pero sin precisar un número exacto. Otros autores que se han pronunciado sobre esta cuestión como ALONSO DE ESCAMILLA²³ entienden que debe tener lugar más de un acto manifiesto de persecución y no señala el período de tiempo necesario, simplemente menciona que el acoso sea de larga duración.

Otra cuestión que se plantea es si la conducta insistente y reiterada debe ser siempre la misma o si es posible que se lleven a cabo diversas conductas de las mencionadas en el precepto para entender realizado el tipo. Algunos autores como GUITIÉRREZ CASTAÑEDA²⁴ consideran que lo relevante en el delito de acoso es que exista una estrategia sistemática de persecución que implique un vínculo o nexo entre las distintas conductas que el sujeto activo lleva a cabo para lograr su objetivo. De lo contrario, bastaría con no realizar la misma conducta de acoso para evitar la condena penal.

La jurisprudencia viene apreciando el delito, aunque las conductas de acoso no sean las mismas. En este sentido, la STS núm. 324/2017, de 8 de mayo, señala que: *“...la reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo,*

²¹ Vid. BAUCELLS LLADÓS, J., “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento.”, cit., p. 78.

²² MATALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP)*., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (director), MATALLÍN EVANGELIO, A. / GORRIZ ROYO, E. (coordinadoras), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 555.

²³ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades.”, cit., p. 135.

²⁴ GUITIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Acoso-stalking 173 ter.*, cit. p.586.

pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatro apartados del precepto.”

Veamos a continuación la posición jurisprudencial sobre estas cuestiones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que las acciones sean repetitivas en el momento en que se inician y, a su vez, reiterativas en el tiempo, mediante su repetición en diversas secuencias en tiempos distintos. En este sentido “*se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo, o, al menos, que sea apreciable esa voluntad de perseverar en esas acciones intensivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural.*”²⁵ De este modo, conductas que por sí solas no tendrían relevancia penal, al realizarlas de manera conjunta lesionan la libertad del sujeto pasivo.

En un ámbito más cercano al nuestro y con pronunciamiento parecido la Audiencia Provincial de Castellón²⁶ fija que “*No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intensivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana.*”

Ello nos lleva a entender que para nuestros tribunales lo realmente importante no es el número de veces que se lleve a cabo una conducta, sino la frecuencia en que se produce la situación de control por parte del sujeto activo. Por consiguiente, considero más acertado el término “insistente”, debiendo suprimirse el término “reiterada”, o sustituirse por otro más adecuado, como puede ser “persistente”.

²⁵ Vid. STS núm. 554/2017, de 12 de junio, ROJ 2819/2017 / STS núm. 324/2017, de 8 de mayo, ROJ 1647/2017.

²⁶ Vid. Sentencia núm. 70/2018, de 8 de marzo de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª).

B) “Sin estar legítimamente autorizado”.

Otro de los requisitos exigidos en el tipo es que el sujeto activo no se encuentre legítimamente autorizado para llevar a cabo cualquiera de las conductas previstas en el art. 172 ter CP. Este elemento ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina²⁷, considerando esta cláusula como innecesaria y recomendando su supresión por razones obvias.

En opinión de MATA LLÍN EVANGELIO²⁸ considerar que la exigencia de que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado supone reconocer implícitamente la existencia de un acoso legítimo, algo contradictorio con la propia naturaleza del acoso.

No obstante, se puede considerar esta cláusula como una causa de justificación, dado que conductas llevadas a cabo por profesionales, como, por ejemplo, un detective o un periodista, aunque pueden ser consideradas como acosadoras por cumplir los elementos que requiere el tipo, estarían justificadas, siempre y cuando se realicen en el ejercicio de su profesión y de forma diligente (art. 20.7 CP).

En un sentido parecido VILLACAMPA ESTIARTE²⁹ considera esta expresión totalmente inadecuada y propone su sustitución por “de modo ilegítimo”, de esta manera, quedarían fuera del tipo las persecuciones relativas a una investigación criminal o aquellas que pretenden hacer efectivo el derecho a la libertad de información.

Acerca de esta cláusula también se han pronunciado el Informe del Consejo Fiscal y el Dictamen del Consejo de Estado en relación con el Anteproyecto. En este sentido, la FGE, propuso la supresión de esta cláusula, considerando que el ordenamiento jurídico nunca puede respaldar el acoso. Del mismo modo, el Consejo de Estado sugirió una nueva redacción, entendiendo que “...el acoso,

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 147; GALDEANO SANTAMARÍA, A., *Acoso-stalking: art. 173 ter.*, cit., p.573-574

²⁸ MATA LLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP).*, cit., p.587.

²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delito de acoso/stalking: artículo 172 ter.*, en ALVAREZ GARCÍA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 603.

en sí mismo, en ningún caso podría estar justificado o amparado por la norma. Cuestión distinta es que determinadas conductas que seguidamente enumera el precepto puedan estar legitimadas, por ejemplo, por razón de quien las lleva a cabo (i. e., la conducta de "vigilar, perseguir o buscar la cercanía física" llevada a cabo por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, podría estar legítimamente autorizada pero en modo alguno puede configurarse como un "acoso legítimo").

Desde aquí se está de acuerdo con la opinión del sector doctrinal que estima conveniente suprimir dicha cláusula, dado que la acción de acosar es intrínsecamente ilegítima, por lo que no tiene sentido que se requiera que el sujeto que acosa no disponga de autorización para ello.

C) "Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana".

El delito de *stalking* es un delito de resultado, en el que para su consumación es preciso que la conducta realizada por el sujeto activo altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, tomando dicha alteración como resultado. Se ha de precisar, no obstante, que en nuestro sistema no se ha especificado cuándo existe una alteración grave de la vida cotidiana, siendo discordantes las resoluciones judiciales en este aspecto.

En algunos casos esa alteración de la vida cotidiana se interpreta como necesidad de que la víctima haya sufrido temor y le conduzca a variar su rutina; mientras que, en otros, se pone el acento en la perseverancia del autor.

Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia 324/2017, de 8 de mayo, adoptada por la Sala 2ª en Pleno, declaraba lo siguiente: *"El tipo no exige planificación, pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...) que no pueden ser totalmente orilladas."*

Con ello, el Tribunal requiere la adecuación del acoso para provocar el resultado típico, es decir, la alteración de las pautas de actuación, aunque

tomando en consideración las circunstancias particulares de la persona acechada. Los actos del autor tienen que ser idóneos para influir psicológicamente en la víctima y tener potencialidad para hacerle introducir cambios en su estilo de vida, aunque no es necesario que estas modificaciones se produzcan efectivamente.

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón, núm. 108/2019, de 20 de marzo, a tenor de la cual: *“El miedo y la intranquilidad expresada por la víctima es naturalmente algo subjetivo, pero ello no quiere decir que no sea reconocible por terceros desde el análisis de los motivos que lo provoca, y en este caso es perfectamente razonable padecerlo una vez vista la determinación del acusado plasmada en una actitud agobiante al no aceptar la decisión de romper la relación. Esta presión en forma de apariciones y de dejar constantes recuerdos de su presencia y control, permite reconocer el acoso del acusado y la correlativa angustia de la persona que lo sufre.”*

Sobre esta cuestión ROIG TORRES³⁰, considera que debería reformarse el referido tipo penal, no solamente suprimiendo el resultado, sino también limitando las condenas a las conductas graves, objetivamente adecuadas para provocar cambios importantes en la forma de vida de la víctima.

Consideramos que el criterio señalado por el Tribunal Supremo es el correcto, dado que, si se condiciona la punición a la reacción de la víctima, se pueden encontrar problemas anudados a los principios penales de nuestro sistema de justicia penal, de manera que una conducta puede castigarse y otra semejante o incluso más grave resultar impune, según si la persona acosada decide tomar medidas o no ante el hostigamiento. De este modo, aunque el art. 172 ter CP mantiene su naturaleza de delito de resultado, en la práctica se atiende a la idoneidad del hostigamiento para provocar cambios en las rutinas esenciales de la víctima.

³⁰ ROIG TORRES, M., “El delito de acoso (art.172 ter CP) como modalidad de violencia de género. Comparativa con el «Nachstellung».”, cit. p. 313-326.

5.3.2.- Modalidades de conducta.

El acoso se define a través de cuatro modalidades de conducta, las cuales han suscitado diversos problemas interpretativos.

A) Vigilar, perseguir o buscar cercanía física.

Esta modalidad fue recogida en el Anteproyecto de 11 de octubre de 2012 como “*que la aceche o busque su cercanía física*”. No obstante, al haber sido objeto de críticas por la FGE en su informe de 20 de diciembre de 2012, la misma fue sustituida en el Proyecto de 4 de octubre de 2013 por “vigile o persiga”.

Los actos de vigilancia y persecución son considerados por TAPIA BALLESTEROS³¹ como las conductas tradicionales del acoso y tienen como propósito el control de los actos y actividades llevados a cabo diariamente por el sujeto pasivo.

El precepto no hace mención a la necesidad de contacto visual entre acosador y víctima, no obstante, la víctima debe ser consciente que sufre una vigilancia o persecución, ya que ello le llevaría a alterar su vida cotidiana, de lo contrario, no se entendería colmado el tipo. En este sentido, la Audiencia Provincial de Burgos³² tiene declarado que esta modalidad típica requiere proximidad física o que la víctima perciba ópticamente al autor. Por tanto, la vigilancia y persecución sólo serán delictivas si contribuyen al resultado típico, de modo que los actos de acoso alteren gravemente la vida cotidiana del sujeto pasivo.

En cuanto a la búsqueda de cercanía física, este término genera mayores dificultades, por ello, CÁMARA ARROYO³³ sostiene que se trata de una fórmula abstracta, en la que se incluye tanto la tentativa como la consumación. ALONSO DE ESCAMILLA³⁴, cuestiona su idoneidad, dado que considera que

³¹ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking.*, cit., p. 160.

³² SAP de Burgos 170/2017, de 26 de mayo, ROJ: 559/2017.

³³ CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking.”, cit., p. 10.

³⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades.”, cit., p. 10.

hace referencia a una situación previa a la realización de las conductas acosadoras.

El precepto no señala la distancia a partir de la cual se establece la conducta como típica, cuestión criticada por MATALLÍN EVANGELIO³⁵ quien considera que esto supone una vulneración del requisito de taxatividad del principio de legalidad. En este sentido, TAPIA BALLESTEROS³⁶ entiende que la búsqueda de cercanía física debe suponer una invasión de la esfera del espacio vital de la víctima, siendo posible el contacto con ella mediante escasos movimientos.

Consideramos en nuestra opinión que hubiese sido más acertada la omisión de la conducta “búsqueda de cercanía física”, ya que la misma podría subsumirse en las conductas de vigilancia o persecución.

B) Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

En esta modalidad de conducta el legislador equipara la consumación con la tentativa, siendo objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. Así, ALONSO DE ESCAMILLA³⁷ sostiene que se produce una contradicción respecto a las reglas generales del castigo de las formas imperfectas de ejecución. Por su parte, MATALLÍN EVANGELIO³⁸ considera que tal conducta supone una vulneración al principio de proporcionalidad, al establecer la misma sanción para resultados diferentes.

En cuanto a lo que son los requisitos de la conducta, MATALLÍN EVANGELIO³⁹ entiende que para considerarse típica es necesario que se lleve a cabo, al menos, en tres ocasiones. El tenor literal del precepto lleva a considerar que si la víctima recibe tres llamadas por parte del acosador a las cuales no responde, pero aquellas le crean tal sentimiento de hostilidad que decide cambiar su

³⁵ MATALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP)*., cit. p. 583.

³⁶ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*., cit., p.160.

³⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades.”, cit., p. 6.

³⁸ MATALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP)*., cit. p. 591.

³⁹ MATALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP)*., cit. p.583.

número de teléfono, podríamos estar ante una situación típica de un delito de acoso.

En cuanto la insistencia y reiteración de esta conducta, cabe señalar que la Sentencia de la Sección 27^a de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 738/2015, de 10 de diciembre, consideró constitutivo de un delito de acoso la conducta del acusado, el cual *“trató insistentemente de contactar con Y, que no quería ningún tipo de contacto con él, por lo que llamó en varias ocasiones al teléfono de su hermana, así como al domicilio de Y, llegando a llamar al timbre de dicha vivienda de forma repetida”*.

En cuanto a lo que se entiende por “cualquier medio de comunicación”, VILLACAMPA⁴⁰ proporciona una lista entre los que incluye el teléfono, correo electrónico, redes sociales, o cualquier otro mecanismo que no implique el empleo de las tecnologías, como dejar mensajes en el parabrisas del vehículo o en el buzón de la víctima.

Por otro lado, también se pretende sancionar los casos en los que el sujeto activo intenta contactar o, efectivamente, contacta con la víctima a través de otra persona, lo cual planteará problemas de autoría de difícil solución práctica. En dicha problemática, QUERALT JIMÉNEZ⁴¹ afirma que cuando se trata de establecer contacto por medio de terceras personas, éstas serán consideradas como coautores del delito.

C) Adquirir productos o mercancías, contratar servicios, o que haga que terceras personas se pongan en contacto con la víctima, mediante el uso indebido de datos personales.

En primer lugar, entendemos que el legislador se refiere a aquellos casos en los que el sujeto activo utiliza indebidamente datos personales de la víctima, como puede ser su número de teléfono, con la finalidad que reciba numerosas llamadas por parte de terceras personas. El ejemplo más claro es el caso en el

⁴⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Comentarios al Código Penal español.*, en QUINTERO OLIVARES (director), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, p. 387.

⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte Especial.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.153.

que el sujeto activo publica en internet un anuncio ofreciendo servicios sexuales indicando el teléfono de la víctima, quien recibirá numerosas llamadas indeseadas. En este caso, los requisitos de insistencia y reiteración no se llevan a cabo por el sujeto activo, dado que basta con que utilice indebidamente los daños de la víctima una sola vez para que esta reciba múltiples llamadas, cumpliéndose los referidos requisitos por terceras personas.

En segundo lugar, la adquisición de productos o mercancías o la contratación de servicios mediante el uso indebido de datos personales del sujeto pasivo, suponen un atentado contra el patrimonio de este. No obstante, señalar que autores como MATALLÍN EVANGELIO⁴² consideran que no resultaba necesaria la inclusión en el tipo de esta modalidad de conducta, al existir una amplia gama de delitos contra el patrimonio. Asimismo, en este supuesto podrían plantearse problemas de concurso real entre el acoso y el atentado contra el patrimonio de la víctima.

D) Atentar contra su libertad, patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de persona próxima a ella.

En esta modalidad, no es necesario que la conducta del sujeto activo sea constitutiva de delito, ya que, como se ha señalado en varias ocasiones, el delito de acoso tiene como objeto tipificar conductas que por si solas no tienen relevancia penal, pero que adquieren dicha relevancia si son realizadas de forma insistente y reiterada.

La modalidad de conducta recogida ha sido igualmente objeto de numerosas críticas por su redacción, entre otros, VILLACAMPA ESTIRARTE⁴³ entiende que la amenaza contra la vida, la integridad física, la salud o la libertad de la víctima debería incluirse en el tipo del delito. Por su parte, MATALLÍN EVANGELIO⁴⁴ considera que en este supuesto se produce una vulneración del principio de legalidad, ya que no se especifica qué conductas de las que

⁴² MATALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP)*, cit. p. 584-585.

⁴³ VILLACAMPA ESTIRARTE, C., *Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter. cit.*, p. 604.

⁴⁴ MATALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP)*, cit. p. 591.

podrían atentar contra la libertad o el patrimonio del sujeto encajan en el tipo penal. Otra postura es la de TAPIA BALLESTEROS⁴⁵ que aboga por su eliminación, garantizando de esta manera la seguridad jurídica.

Otra cuestión objeto de debate ha sido el valor atribuido al atentado contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a la víctima. Tal indeterminación supone una cláusula totalmente abierta en contra del reo, en la que resulta punible cualquier atentado, parecido o no a los atentados típicos contra los mencionados bienes jurídicos.

Finalmente mencionar que en el texto del Anteproyecto existía un quinto apartado relativo a otras conductas análogas a las anteriores. El Consejo Fiscal, en su Informe de 20 de diciembre de 2012, consideraba de gran dificultad establecer un “*numerus clausus*” debido a la gran diversidad de comportamientos que pueden darse en la práctica e integrarse en esta figura delictiva. La exclusión de este punto es totalmente acertada, ya que ello habría supuesto una gran indeterminación e inseguridad jurídica, lo que resulta contrario a los principios de legalidad y taxatividad.

5.4.- Tipo subjetivo.

Existe unanimidad doctrinal en la consideración del *stalking* como un delito doloso, no cabe la posibilidad de su comisión de forma imprudente. Según señalan MUÑOZ CONDE⁴⁶ / DÍEZ RIPOLLÉS⁴⁷ el sujeto que comete el delito tiene que actuar de forma consciente y con voluntad de llevar a cabo el tipo objetivo del mismo. Para MENDOZA CALDERÓN⁴⁸ las conductas tienen que estar interconectadas intencionadamente dentro del contexto de acecho a la víctima, y el dolo del autor tiene que abarcar tanto la realización de las

⁴⁵ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking.*, cit., p. 162-163.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial.*, cit., p. 259.

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 169.

⁴⁸ MENDOZA CALDERON, S., *El delito de stalking: análisis del artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013.*, cit., p.136.

conductas como la producción del resultado de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima acosada.

Consideramos que se exige la concurrencia de dolo directo, el sujeto activo tiene que tener conocimiento y voluntad de que con su conducta se altera gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, de lo contrario, dicha conducta resultaría atípica. No obstante, existen casos como cuando el acosador únicamente persigue un acercamiento a la víctima, en los que entendemos que podría bastar con la concurrencia de dolo eventual, según el cual el sujeto activo admite la probabilidad de la producción del resultado, pero no busca el mismo de forma directa.

5.5.- Subtipos agravados.

En el delito de *stalking* recogido en nuestro sistema de justicia penal se contemplan dos modalidades cualificadas que conllevan un endurecimiento de las penas previstas para el tipo básico. La primera de ellas se encuentra en el último inciso del apartado primero del art. 172 ter CP, referente a aquellas personas especialmente vulnerables debido a su edad, enfermedad o situación. Al respecto MATALLIN EVANGELIO⁴⁹ considera que dicha agravación es innecesaria, al existir la agravante genérica de abuso de superioridad del artículo 22 del Código Penal.

La segunda modalidad establecida en el apartado segundo del art. 172 ter CP, hace referencia a cuando el ofendido sea alguna de las personas mencionadas

⁴⁹ MATALLIN EVANGELIO, A., *Nuevas formas de acoso: stalking / cyberstalking-acoso / ciberacoso*, en CUERDA ARNAU, M.L. (directora) / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coordinador), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 20.

en el art. 173.2 del CP⁵⁰. Aunque el supuesto más habitual de acoso es el que realiza el hombre respecto a la mujer que ha sido su pareja sentimental, la agravante se aplica a todas las personas pertenecientes integradas en el círculo doméstico, siguiendo las directrices del Convenio de Estambul de 2011.⁵¹

Parte de la doctrina como VILLACAMPA ESTIARTE⁵² / ALONSO DE ESCAMILLA⁵³ no consideran adecuado que nuestro legislador haya establecido esta distinción de tipos agravados, prefiriendo el mantenimiento de ambos supuestos en un mismo nivel de agravación unificado en el apartado segundo del art. 172 ter del CP.

Otra de las críticas vertidas a la redacción es la que hace TAPIA BALLESTEROS⁵⁴, pues señala la imprecisión de la cláusula final del artículo 172.1 ter del CP, debido a que no se determina cuándo la edad o enfermedad convierten a una persona en vulnerable, ni tampoco se especifica en qué “situación” debe encontrarse la víctima. Entiende que con el término “edad” se hace referencia a los ancianos, por “enfermedad” se alude a las crónicas o terminales y en cuanto a la “situación” se refiere a la dependencia económica, emocional o física, por lo que entendemos que se debe atender al artículo 25 del CP.

⁵⁰ Artículo 173.2 del Código Penal: “... *quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*”

⁵¹ ROIG TORRES, M., “El delito de acoso (art.172 ter CP) como modalidad de violencia de género. Comparativa con el «Nachstellung».”, cit., p. 346.

⁵² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Comentarios al Código Penal español*, cit., p. 230-232.

⁵³ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades.”, cit., p. 10-11.

⁵⁴ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, cit., p. 166.

Finalmente señalar que VILLACAMPA ESTIARTE⁵⁵ considera la necesidad de haber incluido tres modalidades agravadas no contempladas en el tipo. La primera, que los hechos se lleven a cabo en presencia de menores; otra relativa al uso de armas o instrumentos peligrosos; y, finalmente, cuando se infrinja una medida cautelar o de seguridad o una pena de las contempladas en el artículo 48 del CP.

Por otra parte, conviene recordar que el apartado 4 del art. 172 ter del CP exige la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para poder perseguir los hechos constitutivos de acoso. No obstante, el apartado 2 del referido artículo, excluye la exigencia de denuncia cuando la persona ofendida sea alguna de las protegidas en el artículo 173.2 CP. Consideramos que esta excepción resulta lógica, teniendo en cuenta el especial vínculo que existe entre las partes, lo que supone que la presión psicológica que puede llegar a sufrir la víctima, puede llevarla en algún caso a no denunciar al acosador.

5.6.- Penalidad.

La pena prevista para el tipo básico del art. 172 ter CP es prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses. Para los subtipos agravados, cuando el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable debido a su edad, enfermedad o situación, la pena será de seis meses a dos años de prisión; y cuando se trate de alguna de las personas comprendidas en el art. 173.2 del CP, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio e la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

En este punto TAPIA BALLESTEROS⁵⁶, critica la distinción que realiza el legislador en cuanto a la penalidad, dado que en el tipo básico y en la segunda modalidad agravada se establece la posibilidad de imponer una pena alternativa a la pena de prisión, no siendo así en el primer supuesto de agravación.

⁵⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Comentarios al Código Penal español*, cit., p. 230-232.

⁵⁶ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, cit., p. 196-197

En la práctica puede ocurrir que dos supuestos idénticos llevados a cabo sobre una persona especialmente vulnerable, en un caso no sometida a custodia por parte del *stalker* y en otro sí, tengan una respuesta punitiva diferente. Dicha respuesta podrá ser más gravosa en el caso de que la víctima no se encuentre sometida a custodia, ya que de lo contrario puede optarse por la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad. Situaciones como la descrita pueden conducir a respuestas penales inadecuadas si se considera que las conductas realizadas sobre personas sometidas a custodia contienen un mayor desvalor tanto en la acción como en el resultado.

Asimismo, comparando las sanciones de las diferentes formas de acoso, el *stalker* se encuentra en una situación privilegiada frente al resto de sujetos activos de los delitos de acoso, dado que tanto el acoso laboral como el acoso inmobiliario llevan aparejada una pena de prisión de seis meses a dos años, por lo que el umbral inferior en el delito de *stalking* (tres meses) está por debajo de las penas de las otras figuras de acoso mencionadas.

5.7.- Cláusula concursal.

En el apartado 3 del artículo 172 ter del CP se prevé el concurso real entre los delitos que hubieran concretado los actos de acoso y el propio delito de acoso personal. (*“Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran contratado los actos de acoso”*).

Esta cláusula ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, por considerar que la misma vulnera el principio *non bis in ídem*. Según este principio, como es sabido, se prohíbe que cuando existe identidad de hechos, sujetos y fundamento se produzca una duplicidad de sanciones, es decir, un mismo hecho no puede ser sancionado más de una vez.

Algunos autores han propuesto distintas alternativas para solucionar el problema que plantea esta cláusula. Así, VILLACAMPA ESTIARTE⁵⁷ propone la

⁵⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Comentarios al Código Penal español*, cit., p. 232-234

sustitución de aquella por una subsidiaria en la que se establezca “salvo que los hechos constituyeren un delito más grave”. De este modo, solo se recurriría al delito de *stalking* cuando los hechos individualmente considerados no constituyesen un tipo delictivo que fuera más grave.

Es de interés la opinión de MUÑOZ CONDE⁵⁸ que plantea optar por una interpretación restrictiva de esta cláusula, mediante su aplicación únicamente en aquellos supuestos en los que no se produzca una vulneración del principio *non bis in ídem*. Considera que el delito de acoso perdería su autonomía si las conductas constitutivas del mismo estuvieran directamente relacionadas con la ejecución de otros delitos o si aquellas dieran lugar a modalidades específicas de acoso.

Por otro lado, hay autores que cuestionan si lo que realmente se produce es un concurso de leyes (art. 8 CP). En este sentido, TAPIA BALLESTEROS⁵⁹, considera inadmisibles castigar tanto las coacciones y amenazas llevadas a cabo para concretar los actos de acoso, y a su vez aplicar el delito de *stalking* pues sostiene que, en ese caso, las coacciones o amenazas, deberán ser absorbidas por el delito de *stalking*, salvo que las mismas adquieran una mayor entidad respecto al art. 172 ter CP. En un sentido parecido, GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁰ entiende que habría una progresión delictiva y cualquier actuación de constituir otro delito debería ser absorbido por el delito de acoso al encontrarse abarcado por su dolo o por el delito que se imponga mayor pena.

Al respecto de esta problemática consideramos que esta cláusula concursal es admisible siempre que el *stalking* no entre en concurso con los delitos de coacciones y amenazas, dado que todos estos delitos protegen el mismo bien jurídico, por lo que podría tener lugar una vulneración del principio *non bis in ídem*, siendo lo adecuado en estos supuestos acudir al concurso de normas penales. No obstante, para el resto de supuestos sería factible la aplicación de

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial.*, cit., p. 147

⁵⁹ TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “*El nuevo delito de acoso o stalking.*”, cit., p. 186-192

⁶⁰ GALDEANO SANTAMARÍA, A., *Acoso-stalking: art. 173 ter*, cit., p.574-575

esta cláusula, cuando los otros ilícitos conlleven un resultado material como, por ejemplo, daños, lesiones, muerte, etc.

CONCLUSIONES.

A continuación, detallaremos una serie de conclusiones que se pueden extraer de la redacción que nuestro legislador ha ofrecido sobre la conducta descrita en el artículo 172 ter del Código Penal.

PRIMERA.- La decisión de nuestro legislador de introducir con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la figura del acoso, es en líneas generales acertada, pues consideramos su inclusión necesaria, dado que, con anterioridad a la reforma, las conductas constitutivas de acoso se encuadraban en otros tipos penales, como las coacciones, amenazas, etc., en las que no se captaba realmente el desvalor de la conducta de “acosar”.

SEGUNDA.- En relación al bien jurídico protegido, somos de la opinión que defiende que se trata de un tipo penal con doble protección, en el que la libertad y la seguridad del sujeto acosado son los principales bienes jurídicos a tener en cuenta como dignos de protección. Ello es así porque el acosador, mediante la realización de la conducta típica vulnera la capacidad de decisión de la víctima, constriñendo su libertad de decisión y provocándole una sensación de temor e intranquilidad que puede llegar a condicionar sus costumbres o hábitos de vida.

TERCERA.- Por otra parte, la redacción del tipo penal debería ser más precisa, la existencia de varios conceptos jurídicos indeterminados provoca numerosos problemas de interpretación como se ha puesto de manifiesto en las páginas anteriores y sobre los que nos hemos posicionado.

CUARTA.- Otro aspecto problemático es la técnica jurídica empleada con la cláusula concursal prevista en el apartado 3 del artículo 172 ter del Código Penal, cuya solución requiere una adecuada reflexión que tomará como elemento de referencia el principio *non bis in ídem* y la correcta aplicación de

los concursos de normas penales cuya solución nos la ofrece el artículo 8 del Código Penal.

QUINTA.- En cuanto a la penalidad del delito de acoso, sorprende la diferente penalidad existente cuando las víctimas son personas especialmente vulnerables (en las que no se prevé una pena alternativa) frente a los supuestos en los que la conducta tiene como destinatarios las personas del artículo 173.2 del Código Penal, pues consideramos en este último caso la presencia de un mayor desvalor en la acción como ya se expuso.

SEXTA.- Para terminar, mencionar que en el Anteproyecto de 2013 se preveía la medida de libertad vigilada, sin embargo, la misma no llegó a ser incorporada por la Ley Orgánica 1/2015, siendo conveniente la incorporación de la misma cuando el sujeto pasivo fuera una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, al cual hace remisión el artículo 172.2 ter Código Penal, puesto que el resto de delitos relativos a la violencia de género prevén dicha medida de seguridad.

BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades.”, en *La Ley Penal*, nº105, 2013.

BAUCELLS LLADÓS, J., “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento.” en PÉREZ CEPEDA, A. (directora), *El proyecto de Reforma del Código Penal de 2013*, 2014.

CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking.”, en *La Ley Penal*, nº 121, 2016.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre., del Código Penal*, 16 de enero de 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GALDEANO SANTAMARÍA, A., *Acoso-stalking: art. 173 ter.*, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA SEDANO, T., “El stalking.”, en *La Ley Penal*, nº 123, 2016.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Acoso-stalking 173 ter.*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTIN NAJERA, P., “El nuevo delito de stalking del artículo 172 ter Código Penal.”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº1, 2016.

MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J., *El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter.*, en *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MATALLIN EVANGELIO, A., *Nuevas formas de acoso: stalking / cyberstalking-acoso /ciberacoso.*, en CUERDA ARNAU, M.L. (directora) / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coordinador), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MATALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter CP).*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (director), MATALLÍN EVANGELIO, A. / GORRIZ ROYO, E. (coordinadoras), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MAUGERI, A. M., “El stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación.”, en, *Revista Penal*, n.º38 (Julio 2016).

MENDOZA CALDERON, S., *El delito de stalking: análisis del artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013.*, en MUÑOZ CONDE, F. (director), DEL CARPIO DELGADO, J. / GALÁN MUÑOZ A. (coordinadores), *Análisis de las Reformas penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte Especial.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ROIG TORRES, M., “El delito de acoso (art.172 ter CP) como modalidad de violencia de género. Comparativa con el «Nachstellung».”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (2018), ISSN 1137-7550.

TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking.*, Ed. Bosch, Barcelona, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Comentarios al Código Penal español.*, en QUINTERO OLIVARES (director), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter.*, en ALVAREZ GARCÍA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La introducción del delito de “atti persecutori” en el Código Penal Italiano.”, en *Revista para el análisis del derecho*, nº3, Barcelona, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso.*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.