



Universidad Internacional de La Rioja
Máster de Acceso a la Abogacía

Estudio jurídico doctrinal del delito de acoso o *stalking*

Trabajo fin de máster presentado por:

Marian Lora Márquez

Titulación:

Máster de Acceso a la Abogacía

Director:

Antón Lois Fernández Álvarez

Ciudad:

Sevilla

Fecha:

14 de diciembre de 2017

ÍNDICE

Listado de abreviaturas y siglas	4
Introducción	6
1. Desarrollo	8
1.1. Aproximación histórica	8
1.2. Antecedentes en el derecho español	11
1.2.1. Jurisprudencia previa a la reforma de 2015	12
1.2.1.1. Coacciones	13
1.2.1.2. Amenazas	15
1.3. Antecedentes prelegislativos	16
1.4. Concepto	19
1.4.1. Bien jurídico protegido	21
1.4.1.1. La integridad moral	21
1.4.1.2. La libertad y la seguridad	22
1.5. Tipicidad	23
1.5.1. Tipo objetivo	23
1.5.1.1. Elementos comunes	23
1.5.1.2. Modalidades	28
1.5.1.2.1. Vigilar, perseguir o buscar cercanía física.	28
1.5.1.2.2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.	29
1.5.1.2.3. Adquirir productos o mercancía, contratar servicios, o que haga que terceras personas se pongan en contacto con la víctima, mediante el uso indebido de datos personales.	30
1.5.1.2.4. Atentar contra su libertad, patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de persona próxima a ella.	31
1.5.2. Tipo subjetivo	32
1.6. Antijuricidad y culpabilidad	33
1.7. Iter criminis	35
1.8. Autoría y participación	37
1.9. Concurso de delitos	40

1.10. El cyberstalking	43
1.11. Penalidad	44
1.11.1. Pena	44
1.11.2. Tipos cualificados	45
1.12. Breve referencia al Derecho comparado	47
1.12.1. Alemania	47
1.12.2. Austria	49
1.12.3. Italia	49
1.12.4. Portugal	50
2. Conclusiones	52
3. Bibliografía	55
4. Fuentes jurídicas utilizadas	58

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AP: Audiencia Provincial

ART: Artículo

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

EEUU: Estados Unidos

ET: Estatuto de los Trabajadores

ETC: Etcétera

FGE: Fiscalía General del Estado

LO: Ley Orgánica

NÚM: Número

RAE: Real Academia Española

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SS: Siguietes

StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

VS: Versus

RESUMEN

Las conductas constitutivas de acoso han sido tipificadas recientemente en nuestro Código Penal, aunque aquellas vinieran teniendo lugar desde antaño. Las mismas intentaban asumirse en diferentes tipos penales, como los delitos de coacciones y amenazas. No obstante, la existencia de multitud de dificultades evidenciaba la necesidad de contar con una regulación específica. Por ello, actualmente, este delito se encuentra tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal, el cual sanciona las conductas reiteradas e insistentes por las que se altere gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, ya que se ve obligada a modificar sus hábitos de vida cotidianos. El presente trabajo pretende realizar un análisis en profundidad, desde el punto de vista penal, sobre el delito de acoso o stalking, a través de un estudio doctrinal y jurisprudencial, tras una necesaria aproximación histórica y oportuna referencia al derecho comparado.

Palabras clave: Acoso, stalking, cyberstalking, acecho, predatorio.

ABSTRACT

Constitutive conducts of harassment have been recently typified in our Penal Code, although those came from the past. They tried to assume different criminal types, such as the crimes of coercion and threats. However, the existence of a multitude of difficulties evidenced the need to have a specific regulation. Therefore, currently, this offense is classified in article 172 ter of the Criminal Code, which sanctions repeated and insistent behaviors that severely alter the freedom and sense of security of the victim, since it is forced to modify daily life habits. The present work intends to carry out an in-depth analysis, from the criminal point of view, about the crime of harassment or stalking, through a doctrinal and jurisprudential study, after a necessary historical approximation and timely reference to comparative law.

Keywords: Harassment, stalking, cyberstalking, predatory.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos el delito de acoso, acecho o predatorio mediante un estudio jurídico-doctrinal y jurídico-jurisprudencial, realizando una labor de interpretación del artículo 172 ter CP y aportando, además, la solución que consideramos más adecuada a los problemas planteados en torno al mismo.

El objetivo del presente es analizar el nuevo artículo 172 ter CP y profundizar en los problemas que puede plantear su redacción, todo ello con el estudio pormenorizado tanto de la jurisprudencia habida hasta la reforma operada por la LO 1/2015, como la jurisprudencia posterior a la misma, así como de la doctrina existente.

El delito de acoso surgió en Estados Unidos en los años setenta, asociado al acoso sexual. Con posterioridad se fue expandiendo al resto de países del Common Law e, incluso, a países europeos, en concreto a grandes potencias como lo son, a modo de ejemplo, Inglaterra, Alemania e Italia.

Este delito ha sido incorporado propiamente 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.

El delito de acoso lo encontramos tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad, el cual establece cuatro conductas como constitutivas de dicho ilícito penal. El factor común entre todas ellas es la insistencia y reiteración de la conducta por una persona no legitimada para realizarla, y que con ello se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. No obstante, el precepto también prevé una circunstancia agravante, como es que el ofendido sea o haya sido su cónyuge o hubiera estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, descendientes, ascendientes o hermanos propios o del cónyuge o menores o personas discapacitadas que convivan con él o estén sujetos al mismo, así como personas que debido a su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guardia en centros públicos o privados, supuesto que el legislador incorpora atendiendo a los casos de acoso en el marco de la violencia de género.

Aunque se trate de un delito relativamente reciente, es cierto que ya se encontraba presente en nuestro país incluso antes de su tipificación, por lo que las conductas que en la actualidad incardinan el tipo penal, en ocasiones, eran subsumidas por otros ilícitos penales, en concreto, los delitos de coacciones y amenazas.

No obstante, en muchas ocasiones las conductas no podían ser calificadas por los Tribunales como amenazas y coacciones por lo cumplir con los elementos del tipo, por lo que nos encontrábamos con un tema problemático. Además, antes de la reforma, la jurisprudencia venía aplicando una disparidad de criterios para resolver supuestos muy similares, por lo que existía jurisprudencia contradictoria, lo cual infringía con creces el principio de seguridad jurídica.

De todo ello deriva el motivo por el cual el legislador consideró necesaria su expresa tipificación, para ofrecer respuesta a conductas ciertamente graves que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas.

En cuanto a la metodología, el presente trabajo se basa en el método jurídico-doctrinal y jurídico-jurisprudencial, llevada a cabo, por un lado, de forma hermenéutica, mediante la interpretación del artículo 172 ter del Código Penal y, por otro lado, mediante el método dogmático, aportando la respuesta que consideramos más adecuada como solución a los problemas planteados, después de un estudio en profundidad de la doctrina y la jurisprudencia que delimita jurídicamente su concepto, naturaleza jurídica y su tipo penal.

Por todo ello, nuestro trabajo estará dividido en tres partes. La primera de ellas dedicada a la aproximación del delito de acoso, comentando sus orígenes, los antecedentes que encontramos en nuestro ordenamiento, incluyendo los prelegislativos y, además, un estudio de la jurisprudencia habida hasta la reforma de 2015, donde podremos observar como tenían lugar conductas que hoy en día serían constitutivas de acoso y, por ende, sancionadas conforme al artículo 172 ter CP pero que, antes de su tipificación, eran subsumidas por otros tipos penales, aunque en algunos casos llegaban a quedar impunes. En la segunda parte, analizaremos detalladamente el artículo 172 ter CP (bien jurídico protegido, tipicidad, formas de aparición, penalidad, etc.). Por último, antes de concluir nuestro trabajo, realizaremos una breve referencia al Derecho comparado, países que consideramos importantes por ser un modelo de referencia para nuestro legislador en la regulación del delito de acoso, como son Alemania y Austria y otros, como Italia y Portugal, por ser los últimos países de nuestro entorno en incorporar este delito en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

1. DESARROLLO

1.1. Aproximación histórica

Debemos comenzar recordando que las conductas asociadas al acoso de acecho o predatorio eran frecuentes en contextos de violencia de género pero, sin embargo, nunca habían sido objeto de tipificación, ni de un revuelo mediático en la sociedad¹.

Esta situación cambia por completo con varios sucesos dramáticos, de los cuales eran protagonistas personajes públicos. A modo de ejemplo, procedemos a comentar brevemente cuales han sido los casos² que han desencadenado la tipificación del delito de stalking en Estados Unidos.

Podemos considerar como primer supuesto antistalking de la historia el caso *Dennis vs. Lane*, el cual tuvo lugar en Inglaterra en el año 1704. En este caso, Lane se dedicó a perseguir a Dennis, de forma reiterada, sin el consentimiento de la madre de ella. Incluso accedió en una ocasión a la residencia donde aquella vivía con la intención de llegar hasta su habitación. También persiguió hasta Londres a Dennis y a su madre, alojándose en la habitación contigua del hotel en el que aquellas se hospedaban. A consecuencia de ello, Lane fue juzgado y, a la salida de los Tribunales, golpeó con un palo al abogado de la familia de Dennis. Por todo ello, se le impuso una sanción pecuniaria consistente en el pago de cuatrocientas libras como garantía de que mantendría el orden al menos durante un año y un día.

Otro caso es el de *Regina vs. Dunn*, acaecido en Inglaterra en el año 1840. Dunn era un abogado que dedicó a perseguir durante un año a Ángela Coutts. Todo comenzó con el envío de cartas y continuó con el envío de una tarjeta de presentación al hotel donde ella se alojaba. Ángela decidió cambiar de hotel al ver dicha tarjeta, lo que propició que Dunn le enviara cartas de forma continuada, además de aproximarse físicamente a ella e intentar acceder al edificio donde aquella vivía. Coutts denunció los hechos y le impusieron a Dunn una orden de arresto en diciembre de 1838. Al salir de prisión, continuó con el envío masivo de cartas, lo cual provocó en Coutts una sensación de miedo e incertidumbre, llegando incluso a temer por su vida. Sin embargo, al denunciarlo, el tribunal consideró que no había pruebas suficientes para entender efectiva la amenaza, ya que no se tenía en cuenta el patrón de conducta del sujeto activo.

¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C, 2009. *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Madrid: Iustel, pág.60.

² Ibid. pág.25-28.

En 1969, en la Universidad de California, Prosenjit Poddar y Tatiana Tarasof empezaron a mantener una relación, hasta que Tatiana decidió poner fin a la misma. Poddar no aceptaba que Tatiana quisiera acabar con la relación y reaccionó de forma obsesiva contra ella. Le fue diagnosticado un cuadro psicótico, con receta de medicación, la cual no le impidió continuar con su idea de que Tatiana llegaría a amarle de nuevo. Finalmente, el día 29 de octubre de 1969, Poddar acudió a casa de Tatiana acabando con su vida de forma drástica, disparándola y acuchillándola en varias ocasiones.

No obstante, los casos más significativos tuvieron lugar dos décadas más tarde, los cuales tuvieron un gran impacto en la sociedad estadounidense.

El caso de John Lennon, en 1980, fue uno de los más impactantes. Mark David Chapman, fan de The Beatles, disparó a Lennon en la puerta de su casa, aunque sin haber llevado a cabo conductas de acecho de forma previa. Por ello, cabe pensar que 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 previa³.

El primer caso que dio lugar al planteamiento de la necesidad de tipificar el delito de acoso, fue el de la muerte de la actriz Rebecca Sheaffer, en 1989, a manos de Robert John Bardo, el cual llevaba tres años enviándole cartas, llegando a acudir incluso al lugar de rodaje de una de sus series con un regalo y un cuchillo.

Por todo ello, el delito de acecho o predatorio (stalking), fue reconocido jurídicamente en el Estado de California, donde se promulga, en 1990, la primera Ley Antistalking de todo el mundo. A consecuencia de ello, el 1 de enero de 1991, se incorporó en el *California Penal Code* un nuevo artículo, el 646.9, donde se tipifica el delito de stalking⁴.

La regulación jurídica del stalking en California dio lugar a que el resto de Estados Federados aprobaran normas para luchar contra el delito de stalking. No obstante, para unificar las disparidades legislativas existentes entre ellos⁵ con respecto a este nuevo delito, fue aprobado el Model Anti-Stalking Code, el cual serviría para la unificar la regulación del delito de acoso.

³ Debe tenerse en cuenta la dificultad que supone determinar la peligrosidad criminal de un sujeto, aumentando la dificultad de aquella tarea cuando, además, el sujeto no ha llegado a realizar ninguna actuación delictiva.

⁴ GREGSON, CHRISTINE, B., enero de 1998. California's Antistalking Statute: The pivotal role of intent, en *Golden Gate University Law Review*, vol. 28, nº2, págs. 233-242.

⁵ MAUGERI, A.M., 2016. "El stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación", en *Revista Penal*, nº38, págs. 238-239.

La regulación de este delito supone un mecanismo adicional a la violencia de género ya que, como hemos mencionado con anterioridad, el detonante para la misma fue el célebre caso de Rebecca Scheaffer, teniendo en cuenta que anteriormente ya habían muerto varias mujeres en manos de sus ex parejas, las cuales habían llevado a cabo actos de persecución previos al fatal desenlace.

El Model Code establece como culpable de acoso a quien de forma intencionada inicia una línea conductal hacia una determinada persona que haría temer a una persona razonable la posibilidad de que se produzcan lesiones corporales a sí o a un miembro de su familia o a un familiar directo. Además, añade que el culpable de acoso lo hace teniendo conocimiento o habiendo podido tenerlo, que dicha persona temerá por los daños, provocándole miedo de sufrir los daños corporales o, incluso, su muerte o la de un miembro de su familia o un familiar directo.

Sin embargo, la redacción del Model Code sobre el delito de stalking es poco clara, ya que no describe la acción típica, limitándose a señalar el requisito necesario de que tenga lugar una línea conductal (“course of conduct”). Además, señala que el sujeto pasivo debe desarrollar un temor razonable que de la conducta acosadora pueda derivar una lesión o incluso la muerte de él, un miembro de su familia o un familiar directo. Se trata pues de un tema muy subjetivo, y difícil de demostrar la existencia de dicho temor.

Para subsanar estas ambigüedades, en 2007, The National Center for Victims of Crime elaboró “The Model Stalking Code Revisited: Responding to the New Realities of Stalking”. Esto supone una modificación a la definición de stalking, estableciendo que la línea conductual se dirige a una persona concreta, y el sujeto activo la lleva a cabo conociendo o debiendo conocer que con su realización podría causar a una persona razonable temor por su seguridad o la de un tercero o padecimiento de una angustia emocional. En consecuencia, ya no se requiere que se llegue a provocar miedo por la seguridad, sino que se sanciona la capacidad para provocarlo en una persona razonable. Además, se añade una lista ejemplificativa de conductas que pueden constituir delito de acoso⁶:

- Seguir o aparecer a la vista de ese individuo.
- Acercarse o confrontar a esa persona en un evento público o lugar o propiedad privada.
- Aparecer en el lugar de trabajo o residencia de esa persona.

⁶ THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME. 2007. The Model Stalking Code Revisited: Responding to the New Realities of Stalking. Acceso en: <http://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12>

- Entrando o permaneciendo en una propiedad, arrendada u ocupada por ese individuo.
- Ponerse en contacto con esa persona por teléfono.
- Enviar correspondencia o comunicaciones electrónicas a esa persona.
- Colocar un objeto o entregar un objeto a la propiedad, arrendamiento u ocupación de ese individuo.

Este fenómeno sobrepasó las fronteras de Estados Unidos para extenderse a los países anglosajones y, posteriormente, a la Europa continental⁷, lo cual será objeto de análisis en el epígrafe dedicado al Derecho comparado.

1.2. Antecedentes en el derecho Español

En nuestro ordenamiento jurídico, la primera referencia al acoso fue el acoso sexual en el ámbito laboral, incorporado al Estatuto de los Trabajadores mediante la reforma operada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, ya que antes de ella el Estatuto de los Trabajadores no contenía ninguna referencia al acoso sexual en el trabajo.

La Exposición de Motivos de la Ley 3/1989 justifica la necesidad de incorporar de manera clara el acoso sexual en el trabajo para prevenir estas situaciones, ya que las mujeres están expuestas a una presión y acoso sexual en dicho ámbito por parte de sus colegas y superiores.

Con anterioridad, el acoso sexual era reconocido implícitamente en el antiguo art.4.2 e) ET, es decir, la tipificación como tal del acoso no existía en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se consideraba necesaria su regulación expresa⁸. Por ello, la inclusión del acoso sexual en el Estatuto de los Trabajadores fue considerado un primer paso para la protección jurídica contra dicha conducta⁹, ya que se añade una cláusula que garantiza “la protección frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”¹⁰.

No obstante, el art.4.2 e) ET volvió a ser objeto de modificación, esta vez en el año 2007, por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, añadiendo a dicho precepto el acoso por razón de sexo¹¹. En su art.7 se define el acoso sexual como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., op. cit. pág.135.

⁸ ESCUDERO RODRIGUEZ, R., 1989. La ley 3/1989. *Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros*, RL., pág. 93.

⁹ DEL REY GUANTER, S., 1993. Acoso sexual y relación laboral, en *Relaciones Laborales*, nº 3 y 4, pág. 90.

¹⁰ España. Real decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, núm. 255.

¹¹ Actualmente, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, mantiene la regulación dada por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”; y el acoso por razón de sexo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”¹².

Por otra parte, el acoso sexual en el ámbito de las relaciones laborales jerarquizadas se incorporó al Código Penal de 1995. En concreto, fue tipificado en el art.184 CP, dentro del Título dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

En el año 2000 se tipifican otras manifestaciones del acoso, como son el acoso inmobiliario o el laboral, también dentro de los delitos contra la libertad. Esta regulación vino justificada por la necesidad de tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos u otros a abandonarla y, para luchar contra la humillación y las situaciones de grave ofensa a la dignidad debido a hostigamiento psicológico en el marco de la actividad laboral o funcional¹³.

1.2.1. Jurisprudencia previa a la reforma de 2015

Con anterioridad a la incorporación del delito de acoso o stalking a nuestro ordenamiento jurídico, las conductas que hoy en día constituyen el tipo, no podían ser encuadradas en otras categorías de acoso, por lo que eran reconducidas a delitos donde tuvieran cabida en su injusto. Dichas conductas son: vigilar, perseguir, buscar proximidad física, contactar por teléfono o cualquier otro medio de comunicación o a través de un tercero, etc; es decir, actos que por sí mismos no poseen relevancia penal pero que su insistencia o repetición sin el consentimiento del sujeto receptor de los mismos puede vulnerar su libertad de obrar, como considera la doctrina mayoritaria o, su integridad moral, como considera una minoría, sin perjuicio de poder quedar afectados otros bienes jurídicos protegidos.

Por ello, los operadores jurídicos han tratado de encuadrar este tipo de conductas en delitos ya existentes en nuestro Código Penal, en concreto, se reconducían a los delitos que tutelan intereses jurídicos que pueden considerarse comprometidos por el delito de stalking. Esto es, delitos contra la libertad de obrar, delitos contra la intimidad y delito de trato degradante.

¹² España. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de marzo de 2007, núm.71.

¹³ España. Exposición de motivos, apartado XI, de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de junio de 2010, núm.152

1.2.1.1. Coacciones

En la mayoría de las ocasiones, las conductas de stalking eran subsumidas en los delitos de coacciones, ya que se interpretó de manera amplia el concepto de violencia¹⁴ reconocida en el tipo, en la que se incluye la violencia moral.

Podemos encontrar multitud de ejemplos jurisprudenciales en los que los Tribunales califican como coacciones conductas que actualmente conformarían el artículo 172 ter¹⁵.

Un ejemplo de ello es la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº3 de Pamplona, de 21 de junio de 2004: “El acusado X, mayor de edad, con motivo de estar trabajando en unas obras de reparación de ascensor del inmueble sito en [...], conoció en el mes de febrero de 2002 a la menor Y de 14 años de edad que residía en el mismo, interesándose excesivamente por ella, comenzando a llamarla insistentemente por teléfono y a perseguirle fuera donde fuera, [...] diciéndole que le quería, que la edad no importaba, y que estaba dispuesto a hablar con sus padres, negándose en todo momento la menor a mantener contacto con él y acceder a sus pretensiones, llegando en varias ocasiones a agarrarle de la muñeca y del cuello en el portal, impidiéndole salir o subir a su casa, requiriéndole para que le besara, llegando a besarla en una ocasión. Terminadas las obras que estaba realizando, en el verano de 2002 se trasladó de domicilio, justo al portal [...] al lado del de la menor y en el mes de agosto de 2003 volvió a cambiar de domicilio trasladándose al piso de al lado de la menor en el mismo edificio. En septiembre de 2003, se fue a vivir a [...] un piso cercano al Instituto donde ella estudiaba, continuando con su persecución [...] creando en la menor una situación de miedo y desasosiego, consecuencia de lo cual debió cambiar sus hábitos de vida, dejando de salir o haciéndolo acompañada, hasta que el día 13 de septiembre de 2003 fue detenido después de que le hubiera estado siguiendo durante todo el día, [...] al igual que hizo durante la noche en las fiestas de la localidad [...]”¹⁶.

Los hechos fueron calificados por el Juzgado como un delito de coacciones, considerando que la conducta del acusado valorada en su conjunto “posee una entidad bastante para integrar la figura penal del delito de coacciones, pues a partir de los actos de violencia psíquica que el acusado ejerció sobre Y, intentó, forzosamente, obligarla a aceptar una relación que ella no deseaba y que expresamente había rechazado y, por tanto, a compelerle a que hiciera algo que

¹⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A., 1 de noviembre de 2013. “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades”, en *La Ley Penal*, nº105, pág.4.

¹⁵ BAUCCELLS LLADÓS, J., 2014. “La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto de Código Penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº21, pág. 12.

¹⁶ España. Juzgado de lo Penal nº3 de Pamplona. Sentencia núm. 47/2004, de 21 de junio.

no quería", dando lugar a "una situación de acoso en la que se limita significativamente la capacidad de desarrollo vital de una persona, que coarta su libertad y obliga, dado el temor que producía tal situación en la menor, a efectuar importantes cambios en su vida cotidiana".

Esta Sentencia fue recurrida por X a la Audiencia Provincial de Navarra¹⁷, la cual desestimó el recurso considerando que la calificación de los hechos era adecuada atendiendo a la persistencia y reiteración coactiva desarrollada por el acusado.

No obstante, la persistencia y reiteración no fueron valoradas de igual forma por la Audiencia Provincial de Badajoz¹⁸, al conocer de un caso en el que "el acusado, en diversas ocasiones, persiguió con tenacidad y empeño a la perjudicada, ocasionándole molestias con ello, así como con su actuación debidamente constatada, de sentarse durante horas en la puerta de su domicilio y de regar con flores el mismo". La AP de Badajoz absolvió al acusado de la falta de coacciones por entender que no se había constreñido la libertad y porque no se acredita dolo en la actuación del sujeto.

El contacto físico que existe en el primer caso no se da en el segundo pero ello no es tenido en cuenta por el Juzgado de lo Penal de Pamplona ni tampoco por la Audiencia Provincial de Navarra a la hora de calificar los hechos. Por tanto, nos encontramos con una disparidad de calificaciones a supuestos que consideramos sustancialmente idénticos.

Por otra parte, cabe destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, antes de la introducción del artículo 172 ter CP, la mayoría de las conductas que hoy en día integran el delito de acoso, tenían lugar entre sujetos que eran pareja o lo habían sido, por lo que las mismas se enmarcaban dentro de los delitos de violencia de género.

En este sentido, también encontramos soluciones diversas ante hechos prácticamente idénticos, ya que no se llegó a establecer por los Tribunales un criterio uniforme sobre cuál debía ser el bien jurídico a valorar en estos casos. Por ello, hay tribunales que consideran la libertad como el bien jurídico protegido y otros, en cambio, que consideran como tal la integridad moral.

De esta forma, la Audiencia Provincial de Vizcaya¹⁹ vincula el acoso con la lesión de la libertad en un caso en el que "X, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental sin convivencia durante 21 años con Y, domiciliada en Bilbao, que cesó en marzo de 2005, momento a partir del cual X acudiendo de forma reiterada a su domicilio

¹⁷ España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección Tercera). Sentencia núm. 32/2005, de 9 de marzo.

¹⁸ España. Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª). Sentencia núm. 81/2000, de 10 de abril. (FD 2º)

¹⁹ España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª). Sentencia núm. 680/2009, de 29 de junio.

[...] lugares que esta frecuenta y lugares de trabajo [...] tomándose una consumición mientras la observa, trató de mantener el control sobre los movimientos de Y, y que ésta continuara en contacto con él contra la voluntad de aquélla, impidiéndole desarrollar una normal y sosegada actividad cotidiana, tanto en un plano laboral como personal, obligando a Y a modificar sus hábitos de comportamiento no pudiendo llevar una vida normal, de modo que para acudir al trabajo y volver a su casa requiere la compañía [...] denunciando estos hechos por primera vez el 26 de noviembre de 2007. El día 25 de noviembre de 2007 a las 00:40 horas X se encontraba en las inmediaciones [del lugar de trabajo], percatándose de su presencia la hija de Y, que llamó a la Ertzaintza. El día 1 de abril de 2008 X se encontraba en el portal del domicilio de Y [...] esperándola, abandonando el lugar cuando vio que iba a llamar por teléfono. En fecha 3 de abril de 2008 por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer N° 1 de Bilbao se dictó auto imponiendo a X como medida cautelar durante la tramitación de la causa la prohibición de acercarse a Y, a su domicilio [...], y a su lugar de trabajo [...] y a cualquier otro lugar frecuentado por ella a una distancia inferior a 100 metros debiendo abandonar de inmediato los lugares en los que ambos se encuentren de forma casual. Como consecuencia de estos hechos Y presenta malestar psicológico”.

Ante estos hechos, el Juzgado de lo Penal de Bilbao nº4 absolvió a X del delito de maltrato habitual fallando que era culpable de un delito continuado de coacciones²⁰. No obstante, la Audiencia Provincial de Vizcaya consideró que no podía calificarse dicho delito como continuado, ya que el carácter reiterativo de la conducta era requisito indispensable para su comisión.

1.2.1.2. Amenazas

Como hemos visto anteriormente, la mayoría de los casos de acecho se han resuelto aplicando el tipo penal de las coacciones. Sin embargo, ha habido ocasiones en las que dichas conductas se han subsumido en el delito de amenazas.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Audiencia Provincial de Sevilla²¹, cuyos hechos son prácticamente idénticos a los que hemos relatado con anterioridad. En este supuesto, nos encontramos con que “Entre las 9:00 y las 12:36 horas del día 26 de julio de 2008, el acusado X, mayor de edad, llamó hasta en 52 ocasiones al teléfono de su mujer Y, divorciados por sentencia aún no firme, y para lo que se servía del sistema de llamadas con identidad oculta. En alguna ocasión Y descolgaba el teléfono sin obtener respuesta, recibiendo hasta 9 llamadas

²⁰ España. Juzgado de lo Penal nº4 de Bilbao. Sentencia de 22 de enero de 2009.

²¹ España. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª). Sentencia núm. 328/2009, de 8 de junio.

más cuando estaba declarando ante el Juez de Instrucción. Igualmente resulta probado que el acusado casi a diario espera a Y a la puerta de su domicilio en actitud vigilante y de acoso. A principios del mes de julio de 2008, el acusado se cruzó con Y por la calle y le dijo “te voy a matar a ti y a tu hijo para que no te quedes con el piso”.

En conclusión, nos encontramos con que las conductas que hoy día constituyen el tipo penal del delito de acoso, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, eran subsumidas en los distintos tipos penales, atendiendo a una disparidad de criterios debido a la ausencia de un concepto claramente determinado de acoso o acecho, lo cual suponía que hechos sustancialmente idénticos fueran resueltos de forma dispar. Además, añadir que los delitos en los cuales se encuadraban estas conductas no captaban todo el desvalor que se derivaba de la acción acosadora de acecho o predatoria, por lo que entendemos que era necesaria regular jurídicamente esta figura.

1.3. Antecedentes prelegislativos

Como punto de partida, cabe hacer una breve referencia a los antecedentes prelegislativos del delito de acoso de acecho. El Convenio del consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011²², recogía entre su articulado (en concreto, el art.34), la obligación de los estados firmantes de adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad”.

A consecuencia de ello, se propone el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012, para cumplir con los compromisos internacionales y, a su vez, ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Son supuestos en los que, sin llegar 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), se producen conductas reiteradas con la que se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

²² MAUGERI, A.M., op.cit. págs. 229-234.

El legislador opta por tipificar el delito de acoso en el artículo 172 ter, ubicado dentro del Título VI dedicado a los delitos contra la libertad y, en concreto, en el Capítulo III dedicado a las coacciones.

El Consejo General del Poder Judicial²³ valora positivamente esta redacción, sosteniendo que se adecua “a la pluralidad de comportamientos que pueden integrar el acoso”. Solo realiza un par de críticas a la misma:

- Una, en relación con el apartado 4 del artículo 172 ter CP y es que solo se hace referencia a la libertad y al patrimonio, sin tomar en consideración otros bienes jurídicos de igual o mayor valor²⁴ como son la vida o la salud²⁵.
- Otra, la inadecuación de la pena de multa en el supuesto de que la víctima sea una de las personas a las que se refiere el art.173.2 CP puesto que, en esos casos, la sanción pecuniaria podría llegar a afectar a la propia víctima, debido a su relación con el sujeto activo.

Sin embargo, esta redacción fue objeto de varias sugerencias llevadas a cabo por el Consejo Fiscal²⁶:

- El artículo 172.1 ter establece que será penado el que realizare alguna de las conductas descritas en el tipo “sin estar legítimamente autorizado”. El Consejo Fiscal considera que esta expresión debería ser erradicada puesto que “un acoso nunca puede estar amparado por el ordenamiento jurídico”. Aquí cabe destacar la consideración realizada por VILLACAMPA ESTIARTE²⁷, la cual considera que debería sustituirse dicha referencia por la exigencia de que “la persecución fuera ilegítima”, lo cual excluiría del tipo delictivo acciones de seguimiento propias de una investigación o del ejercicio a la libertad de información.
- La circunstancia 1ª castiga al que “aceche o busque su cercanía física”, lo cual no se considera acertado definir este delito con dicha palabra, por lo que se considera

²³ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, pág.168-169.

²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acoso/stalking: artículo 172 ter”, en ALVAREZ GARCIA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 604.

²⁵ El Código Penal alemán integra estos bienes en su redacción.

²⁶ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012, pág.144 y 145.

²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2014. “El nuevo delito de stalking/acoso”, en *Iuris*, nº10, quincena 16-30 de marzo, pág.2.

conveniente suprimir la palabra *aceche* y modificar dicha circunstancia por “vigile, persiga o busque cercanía física”.

- El requisito de que los actos de acoso se lleven a cabo de forma insistente y reiterada. La conducta descrita en el apartado 3º, no siempre llevará aparejada la reiteración y la insistencia exigida por el precepto ya que, como bien ejemplifica el Consejo Fiscal, puede darse el caso de que el sujeto activo coloque un anuncio en Internet con los datos personales de la víctima, de lo que deriva que esta reciba numerosas llamadas. Lo cual supone una única conducta realizada por el sujeto activo que tiene permanencia en el tiempo.
- El apartado 5º es excesivamente abierto, lo que da lugar a una inseguridad jurídica, además de la vulneración de los principios de legalidad y taxatividad en la formulación de los tipos (art.25 CE).
- El apartado 2 del artículo 172 ter, agrava la pena cuando el ofendido fuere del ámbito familiar del sujeto activo, considerado que merece también una especial protección si el ofendido fuera una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.

También la doctrina mayoritaria realizó sugerencias, la más destacada la relativa a la perseguibilidad a instancia de parte²⁸ cuando los sujetos pasivos son los previstos en el art. 173.2 CP.

El 4 de octubre de 2013 se presenta el Proyecto de Reforma, donde se mantiene la propuesta de incorporar el delito de acoso en el artículo 172 ter, no obstante, con algunas diferencias a la redacción dada por el Anteproyecto de Reforma.

Para la presentación del Proyecto de Reforma se toman en consideración dos de las sugerencias realizadas por el Consejo Fiscal y la doctrina mayoritaria, como son: la modificación en la redacción de la circunstancia 1ª y; la imposición de la pena de prisión de seis meses a dos años cuando se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación. También se toma en consideración la sugerencia realizada por el Consejo General del Poder Judicial relativa a la pena de multa, sustituyendo esta en el

²⁸ GALDEANO SANTAMARIA, A., “Acoso-stalking: artículo 173 ter, en ALVAREZ GARCIA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), 2013. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág.578-580; VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”, en ALVAREZ GARCIA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 604.

caso de que el ofendido sea una de las personas del artículo 173.2 CP por la pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Además, en este Proyecto se añadió la libertad condicional como novedad sancionatoria para el delito de acoso de acecho. Sin embargo, esta medida fue suspendida debido a las críticas realizadas por la doctrina y el debate legislativo existente.

Por último, cabe destacar que en el texto aprobado a través de la LO 1/2015 también se tiene en cuenta la crítica realizada por la doctrina mayoritaria en relación con la denuncia previa para perseguir los hechos, pero exclusivamente cuando se refiera a las personas recogidas en el artículo 173.2 CP o cuando se trate de una persona especialmente vulnerable en razón de su edad, enfermedad o situación.

Por todo ello, fue en 2015, con la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, cuando se introdujo el delito de acecho o predatorio en nuestro ordenamiento jurídico en los términos ya comentados.

1.4. Concepto

El delito de acoso o stalking se trata de una persecución intrusiva y reiterada hacia una persona que la rechaza²⁹. Al ser un término que abarca multitud de conductas, existen debates y discrepancias doctrinales sobre su concreción puesto que no se podría definir el acoso atendiendo solamente a una de esas conductas, puesto que las restantes podrían quedar impunes. Esto da lugar a que también sea objeto de crítica su excesiva generalidad.

El término stalking tiene un origen anglosajón, ya que procede del verbo “to stalk”, el cual hace referencia a la conducta del cazador de perseguir o acercarse a la presa sigilosamente. Por ello, el término stalker se utiliza para hacer referencia a los merodeadores.

La RAE define la acción de acosar como “1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona (...) 3. Apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos”³⁰. En base a su contenido etimológico o meramente lingüístico, diversos autores han ido definiendo el delito de stalking, aunque todos en la misma línea, haciendo hincapié en el carácter reiterativo de las conductas, así como en su rechazo por parte del sujeto pasivo.

²⁹ MARTIN NAJERA, P., 2016. “El nuevo delito de stalking del artículo 172 ter código penal”. En: *Revista del Ministerio Fiscal* nº1, pág.24.

³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2011. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 26/10/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=0ZpEHg5>

Así pues, MELOY Y GOTHAR³¹ definieron este tipo de conductas como un “patrón de amenaza o acoso anormal o de larga duración dirigida específicamente a un individuo”.

Con posterioridad, PATHÉ y MULLEN³² lo definen como “una constelación de comportamientos en los que un individuo infringe a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones”.

Por su parte, WESTRUP realiza una definición del delito de stalking mas precisa, atendiendo a sus características. Así, este autor sostiene que se trata de “un comportamiento o una constelación de ellos que a) se dirigen repetitivamente contra un individuo concreto (el objetivo); b) son experimentados por éste como intrusivos y no deseados; y c) se considera que pueden causar miedo o preocupación en la víctima”³³.

No solo la doctrina ha intentado definir lo que se entiende por stalking, sino que también estudios empíricos realizados sobre el tema han formulado definiciones. En concreto, cabe destacar la encuesta llevada a cabo por la National Violence Against Women (NVAW) Survey, donde el acoso se define como “un patrón de conducta dirigido a una persona específica que incluye proximidad física o visual respecto de la víctima, comunicación no consentida, o amenaza verbal escrita o implícita, o una combinación de ellas, que es susceptible de provocar miedo a una persona razonable”³⁴.

Podemos considerar el acoso como una persecución continuada e intrusiva de un sujeto (stalker) contra una persona determinada, sin su consentimiento, con la finalidad de iniciar o restablecer un contacto personal con la misma. Existen numerosas formas de manifestarse como por ejemplo: llamadas o mensajes constantes, envío de cartas o regalos, pintadas en lugares visibles por la víctima, seguimiento, chantaje emocional, merodear por los alrededores de su vivienda, trabajo o lugares que frecuenta, uso indebido de sus datos personales, etc.

Por ello, al ser un término que abarca multitud de conductas, podemos encontrarnos con que, en ocasiones, aquellas puedan ser delictivas por sí mismas aunque, por regla general, son actos inofensivos sin relevancia penal. Lo que dota de relevancia penal a dichas conductas inocuas es el carácter repetitivo e insistente de las mismas, término jurídicamente

³¹ MELOY/GOTHARD, 1995. A demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders, *American Journal of Psychiatry*, 152, pág. 259.

³² PATHÉ/MULLEN, 1997. The impact of stalkers on their victims, *British Journal of Psychiatry*, 174, pág. 12.

³³ WESTRUP, 1998. “The Psychology of Stalking”. En MELOY (ed.), *Clinical and Forensic Perspectives*, págs. 276-277; WESTRUP/FREMOUW. 1998. “Stalking behavior: a literature review and suggested functional analytic assessment technology”, *Aggression and Violent Behavior*, 3, pág. 255.

³⁴ Encuesta realizada por National Violence Against Women (NVAW) Survey, entre noviembre de 1995 y mayo de 1996, sobre una muestra de 16.000 personas, recogida por MARTIN NAJERA, P., 2016 op. cit, pág.26.

indeterminado puesto que no se establece un número determinado de actos para considerar consumado el delito de acoso.

Por tanto, podemos considerar como elementos definidores del delito de stalking los siguientes:

- Que las conductas llevadas a cabo por el sujeto activo tengan carácter de repetitivas e invasivas del espacio vital de la persona. Cabe destacar la distinta naturaleza que pueden tener dichas conductas, así como la aceptación por parte de la sociedad de dichas conductas individualmente consideradas.
- Que tengan lugar sin el consentimiento de la víctima, ya que se tratan de conductas no deseadas por la misma, realizadas al margen de su voluntad.
- Que la conducta sea susceptible de generar algún tipo de repercusión en la víctima, es decir, que esta se vea obligada a modificar sus hábitos de vida cotidianos debido al desasosiego o temor que le puede llegar a provocar dichas conductas, con la incertidumbre de lo que podría llegar a ocurrirle a ella o a sus familiares.

1.4.1. Bien jurídico protegido

En términos generales, atendiendo a la ubicación en la que se regula el tipo delictivo podemos conocer el bien jurídico protegido por el mismo. En este caso, como ya hemos comentado anteriormente, el delito de acoso está regulado en el artículo 172 ter CP, 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.

No obstante, debemos hacer un análisis de este delito con el fin de identificar el bien jurídico que se tutela, ya que la doctrina mayoritaria considera como bien jurídico del delito de acoso la libertad de obrar y, en cambio, una doctrina minoritaria que considera como tal la integridad moral de la persona.

1.4.1.1. La integridad moral

La integridad moral ha sido objeto de debate doctrinal, relativo a su ubicación y contenido.

Un sector doctrinal la considera como la contraparte de la integridad física, en virtud del artículo 15 CE³⁵, sosteniendo que tanto la integridad física como la moral constituyen el derecho a la inviolabilidad penal. Sin embargo, otro sector doctrinal la considera vinculada al

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., 2015. *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 159.

artículo 10 CE³⁶, donde se proclama la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico, reconociéndola como fundamento del orden político y de la paz social.

Algunos autores consideran que la lesión de la integridad moral es mas subjetiva que la lesión de la libertad de obrar, ya que la integridad moral requiere la producción de un sentimiento de humillación derivada de la acción llevada a cabo por el sujeto activo. Ante ello, el Derecho penal debe tratar con cautela la protección de los sentimientos puesto que ante una misma conducta, el sujeto pasivo que la sufra desarrollará sentimientos o sensaciones muy diferentes a otro.

Para dar solución a esta cuestión, TAPIA BALLESTEROS³⁷ considera relevante la creación de una situación hostil o humillante, considerada de manera objetiva, sin atender a los sentimientos que puedan llegar a producir los actos de acoso en determinadas personas.

En relación a la integridad moral con el delito de acoso o stalking, podemos encontrar autores que consideran que este es el bien jurídico protegido por el tipo, sin perjuicio de que una vez vulnerada la integridad moral también se vulneren otros bienes jurídicos como son la libertad de obrar y el patrimonio del ofendido³⁸.

Discrepamos con esta doctrina minoritaria que considera más adecuado considerar la integridad moral como bien jurídico del delito de acoso puesto que entendemos que este tipo delictivo no tiene por qué suponer un trato degradante, sino que constituye un supuesto de acoso psicológico y no necesariamente moral.

1.4.1.2. La libertad y la seguridad

La libertad se configura como una libertad de decisión y de actuación ante determinadas conductas que pretendan condicionarla o logren hacerlo. Por tanto, cabe diferenciar dos momentos en los que dicha libertad puede ser objeto de ataque por parte de terceros, esto es, durante la formulación de la decisión o cuando esta se está ejecutando.

Como ya se ha señalado, tanto la doctrina mayoritaria³⁹ como también la jurisprudencia⁴⁰, son partidarias de considerar la libertad como el bien jurídico protegido del artículo 172 ter CP.

³⁶ DE LA MATA BARRANCO, N.J./ PEREZ MACHIO, A.I., 2005. “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal”, en *Revista Penal*, n°15, págs. 19-21.

³⁷ TAPIA BALLESTEROS, P., 2016. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Bosch, pág.138.

³⁸ Ibid. pág.143.

³⁹ A modo de ejemplo, GUTIERREZ CASTAÑEDA, A. 2013. “Acoso-stalking artículo 173 ter”. En ALVAREZ GARCIA, F.J (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág.584.

El precepto requiere que “se altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”, por lo que autores como MALLIN EVANGELIO⁴¹ entienden que se lesiona la fase de la libertad de ejecución. No obstante, discrepamos en ello puesto que consideramos que existen conductas en el tipo a través de las cuales se puede lesionar, además, la libertad de decidir del sujeto pasivo. A esta conclusión llegamos al reflexionar, por ejemplo, sobre las conductas de vigilar o perseguir, las cuales pueden afectar a la toma de una decisión la cual desencadena en la realización de una conducta distinta a la que se hubiese adoptado de no haber existido dicha conducta de acoso.

También es defendida por la doctrina la protección de 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 activo⁴².

Por todo lo expuesto, entendemos más acertado considerar la libertad de obrar como bien jurídico protegido, entendida aquella en sentido amplio como la capacidad de obrar libremente. Si bien, atendiendo a la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, se protege también la seguridad, es decir, el derecho a la tranquilidad o sosiego, necesarios para decidir y obrar de manera libre. Se llega a la conclusión de que lo que lleva a la víctima a cambiar sus hábitos de vida cotidianos no es en sí misma la conducta realizada por el stalker, sino el miedo a lo que pueda llegar a derivar de la realización de aquella conducta.

1.5.Tipicidad

1.5.1. Tipo objetivo

1.5.1.1. Elementos comunes

El delito de acoso está constituido por la realización de alguna de las conductas mencionadas en el art.172 ter, llevadas a cabo por el sujeto activo. No obstante, existen una serie de elementos comunes a todas ellas, los cuales vienen establecidos en el precepto. Por tanto, la realización de cualquiera de las conductas mencionadas en el precepto, si se realizare “de forma insistente y reiterada”, por quien no estuviere “legítimamente autorizado”, de manera que “altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana” (del sujeto pasivo), dará lugar a la

⁴⁰ España. Juzgado de Instrucción nº3 de Tudela. Sentencia núm.260/2016, de 23 de marzo de 2016; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27). Sentencia núm. 738/2015, de 10 de diciembre; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª). Sentencia núm. 183/2016, de 2 de marzo.

⁴¹ MALLIN EVANGELIO, A., 2015. “Delito de acoso (artículo 172 ter CP)”, en GONZALEZ CUSSAC, J.L (director), MALLIN EVANGELIO, A. /GORRIZ ROYO, E., (coordinadoras), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág.577.

⁴² MENDOZA CALDERON, S., 2015. “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./GALAN MUÑOZ, A., (coordinadores), *Análisis de las Reformas Penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág.133.

lesión del bien jurídico protegido por el delito, como es la libertad de obrar, siendo dicha conducta merecedora de sanción penal.

Los elementos comunes a las conductas del art.172.1 ter, son las expuestas a continuación.

- “De forma insistente y reiterada”

En primer lugar, estos conceptos no se encuentran definidos en la Ley, por lo que se necesita una interpretación ya que pueden parecer términos sinónimos.

Al no existir definición legal de estos términos, consideramos conveniente acudir a la RAE, la cual define el termino insistir como “instar reiteradamente”⁴³, e instar como “repetir la suplica o petición, insistir en ella con ahínco”⁴⁴; mientras que el termino reiterar lo define como “volver a decir o hacer algo”⁴⁵. Así pues, cabe destacar que la insistencia contiene una intensidad emocional de la que carece la reiteración ya que esta supone simplemente la repetición de la conducta.

Por ello, consideramos que la reiteración se encuentra inmersa en la insistencia, por lo que no se puede llevar a cabo, al mismo tiempo, una conducta insiste y una conducta reiterada. Esto ha sido objeto de disparidad doctrinal ya que, por un lado, hay autores que consideran incompatibles ambas formas de actuación, por lo que se debería sustituir dicha expresión por el adjetivo “persistente”, utilizado tanto en el Anteproyecto de 11 de octubre de 2012 como en el Proyecto de 4 de octubre de 2013⁴⁶ y; por otro lado, encontramos autores que defienden la redacción del precepto sosteniendo que su dicción literal “es clara e el sentido de referir la reiteración e insistencia al ámbito de una misma de dichas conductas”⁴⁷.

No obstante, entendemos que la solución más adecuada, teniendo en cuenta las dificultades para probar la concurrencia de dichos elementos que podría derivar en un problema de aplicabilidad, sería únicamente la exigencia de la insistencia.

Como podemos observar, la exigencia de que la conducta se lleve a cabo de forma insistente y reiterada deja impune la realización de la misma si se realizare de forma esporádica o casual, es decir, esta no es penalmente relevante. Sin embargo, la Ley no establece el número de veces que la conducta debe llevarse a cabo para considerarla realizada de manera insistente y

⁴³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2011. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 16/11/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=LJHNGby>

⁴⁴Ídem. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=LmmjXUS>

⁴⁵Ídem. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=VnNxeTF>

⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”. op. cit. pág. 602-603.

⁴⁷ MATALLIN EVANGELIO, A., op. cit. pág.582.

reiterada. La doctrina considera conveniente exigir más de dos actos para que se entienda consumado el delito. No obstante, consideramos que habría que estar al caso concreto, ya que las conductas mencionadas en el precepto contienen multitud de particularidades; así como tener en cuenta el riesgo que comporta la realización de aquellas al bien jurídico. Por tanto, atendiendo a la dicción literal del precepto, lo más conveniente es el desarrollo jurisprudencial para determinar las circunstancias a tener en cuenta y consolidar una línea de actuación, aunque flexible.

Un ejemplo de ello lo constituye la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) 87/2016, de 4 de marzo, donde se rechaza la concurrencia del requisito de reiteración estableciendo que “se recogen múltiples mensajes enviados por el encausado al terminal de Y, mensajes a los que ella contestaba, entablándose así una conversación entre ambos. Ahora bien, al desconocer si estos mensajes se enviaron el mismo día o en días sucesivos, no podemos más que acreditar que son múltiples, pero no que exista una reiteración e insistencia tal que concurra el tipo penal”⁴⁸.

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. Si realizamos una interpretación estricta del precepto, analizando los términos “insistente y reiterada”, llegaríamos a la conclusión de que la conducta tiene que ser siempre la misma. No obstante, como señala GUTIERREZ CASTAÑEDA, no es relevante que la conducta realizada sea siempre la misma, siendo lo relevante en el delito de acoso que exista una estrategia sistemática de persecución, que atentan contra la libertad⁴⁹.

En conclusión, como hemos mencionado anteriormente, consideramos más acertado conservar el término “insistente”, si bien suprimiendo el término “reiterada”, ya que la reiteración se encuentra inmersa en la insistencia, teniendo esta un plus de intensidad emocional. Así pues, conductas que por sí solas no tendrán relevancia penal, a no ser que por sí misma sea constitutiva de otra infracción penal, al realizarlas de manera conjunta lesionan el bien jurídico protegido por el precepto, como es la libertad, ya que realizar una conducta de forma insistente supone la repetición con ahínco, lo que proporciona unidad de acción, ya que todas ellas van dirigidas a atentar contra el bien jurídico protegido.

⁴⁸ España. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª). Sentencia núm. 87/2016, de 4 de marzo.

⁴⁹ GUTIERREZ CASTAÑEDA, A., 2013, op. cit., pág.586; en el mismo sentido, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., 2004. “Derecho Penal y acoso en el ámbito laboral”, en DE LA CUESTA AGUADO, P.M./ PEREZ DEL RIO, T. (coordinadoras), *Violencia de género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales*. Sevilla: Mergablu, pág.14.

- “Sin estar legítimamente autorizado”

Este elemento ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, considerando que la exigencia de que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado reconoce implícitamente la existencia de un acoso legítimo, algo contradictorio con la propia naturaleza del acoso, por lo que se califica la cláusula de sinsentido, ya que no puede ser considerado admisible la aceptación de un acoso legítimo⁵⁰.

Esta cláusula también se encuentra incluso en el delito de coacciones, por lo que podemos llegar a pensar que el delito de acoso de acecho se tipifica como una modalidad de coacción y, por ello, sigue su estructura.

Al contener ambos delitos la cláusula a la que en este punto nos referimos, se antoja necesario hacer referencia a la discusión doctrinal habida con respecto al delito de coacciones en cuanto a la naturaleza jurídica de esta cláusula, extrapolable al art.172 ter CP. La doctrina mayoritaria considera que se trata de una causa de justificación, como la genérica prevista en el art.20 CP, en concreto, como sostiene VILLACAMPA ESTIARTE, un elemento negativo del tipo⁵¹. No obstante, algunos autores sostuvieron que cualquier restricción de la libertad de obrar no puede considerarse antijurídica, sino que es necesario “verificar que el comportamiento presenta propiedades materiales que permiten enjuiciarlo como objetivamente reprochable, por lo que se consideró que esta cláusula lo que pretende es concretar el tipo penal⁵²”.

En este sentido, consideramos que esta cláusula es una causa de justificación, puesto que conductas llevadas a cabo, por ejemplo, por profesionales, aunque puedan ser consideradas como acosadoras por cumplir los elementos que requiere el tipo, están justificadas (trabajo llevado a cabo por un detective, investigación criminal, etc.), siempre y cuando se realicen en el ejercicio de su profesión y, de forma diligente.

La cláusula reconoce que existen conductas que, aunque puedan subsumirse en el tipo penal, están justificadas (si se considera aquella como causa de justificación), o directamente no tienen cabida en el tipo (si se le considera elemento del tipo). Consideramos que la cláusula está diseñada por el legislador con la intención, por ejemplo, de evitar que sean punibles las conductas de este tipo llevadas a cabo por periodistas, detectives, empresas de marketing

⁵⁰ MATALLIN EVANGELIO, A., 2015. op. cit., pág.587.

⁵¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”, op. cit., pág. 603.

⁵² TORÍO LÓPEZ, A. 1977. “La estructura típica del delito de coacción”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pág.39

telefónico, o agencias de gestión de cobro, que pueden alterar gravemente la vida privada de las personas y, por ende, vulnerar su derecho a la libertad de obrar.

Por ello, VILLACAMPA ESTIARTE entiende que sería más adecuado apelar únicamente a la ilegitimidad de la conducta para que esta gane relevancia penal, ya que de esta forma quedaría claro que no son típicas las conductas llevadas a cabo en el seno de una investigación criminal o en el ejercicio de la libertad de información⁵³

- “Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”

Esta cláusula ha sido calificada por la doctrina como el resultado típico del delito de acoso de acecho o predatorio. Es decir, para colmar el tipo no solo se requiere que las conductas enumeradas en el art.172.1 ter CP se realicen de forma insistente y reiterada y sin estar legítimamente autorizado, sino que ello tiene que producir un resultado típico, como es la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo.

Lo primero que debemos realizar es la concreción de la expresión “vida cotidiana” y cuando debe entenderse como “alteración grave”.

La vida cotidiana de un individuo es el conjunto de actos o actividades que el mismo lleva a cabo diariamente con carácter rutinario. Así pues, quedan al margen de la vida cotidiana las actividades realizadas de forma excepcional o en periodos vacacionales. Por tanto, las alteraciones sobre actividades realizadas de forma puntual, aunque tuvieran carácter de gravedad, no se encuadran dentro del tipo⁵⁴.

Para determinar la gravedad de la alteración se acude al criterio del “hombre medio”. No obstante, ateniendo a la redacción del precepto, el “umbral de resistencia” de la víctima es un elemento esencial puesto que el tipo penal solo será colmado con la alteración grave de la vida cotidiana de aquella. Consideramos que esta cláusula tiene carácter subjetivo, puesto que cada persona reacciona de manera diferente a las conductas que pudieran ser consideradas constitutivas del delito de acoso, ya que habrá quien continúe con su vida cotidiana ignorando la actuación del sujeto activo mientras que, por el contrario, habrá quien ante una mínima conducta modifique su vida cotidiana. Es decir, esto supone una manifestación del sentimiento de miedo de la persona acosada, por lo que el mismo estaría siendo objeto de tutela, con los riesgos que ello conlleva⁵⁵. Por ello, entendemos que el criterio del hombre

⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”, op. cit., pág. 603.

⁵⁴ TAPIA BALLESTEROS, P., op. cit., pág.156.

⁵⁵ ALONSO ALAMO, M., 2014. *Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

medio no solo debería centrarse en la determinación de la gravedad de la alteración de la vida cotidiana del sujeto pasivo, sino que debe atender también a la conducta llevada a cabo por el sujeto activo.

Sin perjuicio de que la alteración grave de la vida cotidiana del sujeto pasivo se considere resultado del delito de acoso de acecho, algunas de las conductas previstas en el art.172.1 ter CP cuentan con resultados específicos, es decir, datos objetivos que aportan mayor facilidad a la hora de determinar la gravedad de la alteración de la vida cotidiana de la persona acosada.

Por todo ello, el acoso de acecho o predatorio se diferencia de las demás clases de acoso tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el art.172 ter CP vincula íntimamente el resultado producido con la conducta adoptada por la víctima, es decir, hasta que la conducta llevada a cabo por el acosador no provoque que la víctima altere gravemente su vida cotidiana, no se colma el delito.

En consecuencia, como muchos autores, consideramos incorrecta la referencia a este resultado, ya que el tipo penal debería tener por objeto “incriminar un patrón de comportamiento”⁵⁶ que lleve aparejada la vulneración del bien jurídico protegido. Así pues, autores como GALDEANO SANTAMARIA consideran que “la propuesta de alterando objetiva y gravemente el desarrollo de la vida cotidiana es más correcta”⁵⁷.

En conclusión, consideramos necesaria la sustitución de esta cláusula por otra que permita entender colmado el delito ante los mismos supuestos, independientemente del umbral de resistencia del sujeto pasivo o, en su caso, objetivizar dicha cláusula, estableciendo por ejemplo que los actos llevados a cabo por el sujeto activo sean adecuadas para producir la alteración grave de la vida cotidiana del sujeto pasivo, sin requerir la efectiva alteración de la misma para entender consumado del delito.

1.5.1.2. Modalidades

1.5.1.2.1. Vigilar, perseguir o buscar cercanía física.

Debemos recordar que esta modalidad fue recogida en el Anteproyecto de 11 de octubre de 2012 como “la aceche o busque su cercanía física”. Sin embargo, 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”.

⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”, op.cit., pág. 605.

⁵⁷ GALDEANO SANTAMARIA, A., op. cit., pág.578-580; VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”, op.cit, pág.577.

Por un lado, la vigilancia y persecución suponen las conductas tradicionales de acoso, ya que tienen por objeto 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 acosado, no obstante, consideramos que el sujeto pasivo debe ser consciente de que sufre una vigilancia o persecución, ya que ello le podría llevar a alterar gravemente su vida cotidiana y, por ende, colmado el tipo.

Por otro lado, la búsqueda es considerada por algunos autores como medio para vigilar o perseguir⁵⁸. Sin embargo, el precepto hace referencia no a la búsqueda, sino a la búsqueda de cercanía física, para lo cual consideramos necesario tener conocimiento de los lugares que frecuenta el sujeto pasivo y, en consecuencia, haber realizado previamente labores de vigilancia o persecución para obtener dicha información. Sin perjuicio de que terceras personas le faciliten dicha información al sujeto activo, supuesto en el que no sería necesaria la previa vigilancia o persecución, siendo la búsqueda de cercanía física una conducta alternativa a aquellas.

El precepto no señala la distancia a partir de la cual se establece la conducta como típica, cuestión criticada por MATA LLIN EVANGELIO quien considera que esto supone una vulneración del requisito de taxatividad del principio de legalidad⁵⁹. En este sentido, TAPIA BALLESTEROS entiende que la búsqueda de cercanía física debe suponer una “invasión de la esfera del espacio vital del sujeto, de manera que sea factible el contacto físico sin demasiados movimientos”⁶⁰.

En nuestra opinión, quizás hubiera sido más acertada su mención en un punto separado, para evitar los problemas interpretativos que se han suscitado o; incluso, su omisión, ya que la búsqueda de cercanía física podría subsumirse en las conductas de vigilancia o persecución.

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

En esta conducta podemos observar como el legislador equipara la consumación (establecer) con la tentativa (intentar establecer)⁶¹, por lo que la misma ha sido objeto de numerosas

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., op. cit., pág.14.

⁵⁹ MATA LLIN EVANGELIO, A., op. cit., pág.583.

⁶⁰ TAPIA BALLESTEROS, P., op. cit., pág.160.

⁶¹ ALONSO DE ESCAMILLA, A. 2013. “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades”, en *La Ley Penal*, nº105, pág.6.

críticas por la doctrina, ya que supone una vulneración del principio de proporcionalidad al establecer la misma sanción para resultados diferentes.

En cuanto a la insistencia y reiteración, puesta en relación con esta conducta, cabe señalar la Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm.738/2015, de 10 de diciembre, donde se consideró constitutivo de un delito de acoso de acecho o predatorio 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”.

La doctrina ha entendido que para considerarse típica esta conducta es necesario que se lleve a cabo, al menos, en tres ocasiones⁶². En otras palabras, ateniendo al tenor literal del precepto, entendemos que si el sujeto pasivo recibe tres llamadas por parte del sujeto activo a las cuales no responde pero aquellas le crean tal sentimiento de hostilidad que decide cambiar su número de teléfono, podríamos estar ante un delito de acoso.

1.5.1.2.3. Adquirir productos o mercancía, 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, al tratar esta conducta, debemos diferenciar la referencia que hace el legislador en ella a las terceras personas, y la referencia a las mismas en la conducta comentada en el epígrafe anterior.

En esta conducta, entendemos que el legislador se refiere a aquellos casos en los que el sujeto activo utiliza indebidamente datos personales de la víctima, como por ejemplo su número de teléfono, con la finalidad de que reciba numerosas llamadas por parte de terceras personas. Por ejemplo, el sujeto activo publica en internet un anuncio ofreciendo servicios sexuales y añade el teléfono de contacto del sujeto pasivo, el cual recibirá llamadas indeseadas de numerosas personas, la mayoría desconocidas.

Sin embargo, cabe recordar el requisito de insistencia y reiteración que exige el precepto como elemento común a todas las conductas para entender colmado el tipo. En concreto, en esta modalidad de conducta nos encontramos con una especialidad ya que, tomando como referencia el ejemplo anterior, la conducta del sujeto de publicar el teléfono de la víctima no es una actuación insistente ni reiterada, puesto que es suficiente realizarlo una sola vez para que el sujeto pasivo reciba numerosas llamadas por parte de terceras personas, y sería en este

⁶² MATALLIN EVANGELIO, A., op. cit, pág.583.

momento en el que apreciamos la insistencia y reiteración. Es decir, la insistencia y reiteración se lleva a cabo por terceras personas, y no necesariamente por el sujeto pasivo al utilizar indebidamente los datos de la víctima. Por tanto, se produce aquí un problema de autoría y participación que será objeto de estudio en el epígrafe correspondiente.

En cambio, en la conducta anterior, entendemos que se pretende sancionar los casos en los que el sujeto activo intenta contactar o, efectivamente, contacta con la víctima a través de otra persona. Es decir, utiliza a esa persona o personas como medio para contactar con la víctima.

Sin embargo, creemos que resultaría necesario establecer una sanción mayor a la conducta constitutiva del delito de acoso cuando aquella se realizare mediante el uso indebido de datos personales de la víctima, ya que podríamos considerarla de mayor gravedad.

Por otro lado, el resto de conductas descritas, como son la adquisición de productos o mercancías o la contratación de servicios mediante el uso indebido de los datos personales del sujeto pasivo, suponen un atentado contra el patrimonio de este, conducta comentada en el apartado siguiente, por lo que nos remitimos a ella. Sin perjuicio de ello, señalar que autores como MATALLIN EVANGELIO⁶³ consideran que “tampoco esta modalidad de conducta resultaba necesaria, existiendo como existe una amplia gama de delitos contra el patrimonio susceptibles de entrar en juego para sancionar adecuadamente la tipicidad derivada del uso indebido de datos personales”. En contra, consideramos que resulta necesario ya que no interfiere en la sanción penal que pudiera tener el delito contra el patrimonio cometido ya que, como veremos en el epígrafe dedicado al concurso de delitos, el art.172.3 ter CP establece una clausula concursal mediante la cual, el delito de acoso será castigado con las penas establecidas en el art.172 ter CP sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en que se han concretado los actos de acoso.

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

La primera cuestión a tratar en relación a esta conducta es si se requiere que el atentado contra la libertad o contra el patrimonio sea constitutivo de delito o si, por el contrario, no se precisa de dicha entidad. No es necesario que la conducta sea constitutiva de delito ya que, como hemos señalado en varias ocasiones, el delito de acoso de acecho tiene como objeto tipificar conductas que, por si solas, no tienen relevancia penal, pero que sí adquieren dicha relevancia si son realizadas de forma insistente y reiterada. No obstante, en virtud de la clausula

⁶³ MATALLIN EVANGELIO, A., op. cit., pág.584-585.

concurral prevista en el art.172.3 ter CP, las conductas constitutivas del delito de acoso pueden ser, a su vez, constitutivas de otros delitos. Esto nos lleva a pensar en la posibilidad de que surjan problemas en relación con el principio no bis in ídem, a lo que nos referiremos en el epígrafe dedicado a dicha clausula concurral.

La segunda cuestión que nos planteamos es el valor atribuido al atentado contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a la víctima, entendiendo que en su redacción el legislador ha tenido en cuenta los casos de violencia de género en los que la víctima se refugia en casa de familiares o amigos y el agresor atenta contra el patrimonio de aquellos.

No obstante, esta conducta ha sido objeto de críticas debido a la restricción del atentado contra la libertad o el patrimonio, omitiendo posibles atentados contra la vida o la integridad de las personas⁶⁴.

1.5.2. Tipo subjetivo

El dolo directo se configura como elemento necesario del tipo, es decir, el mismo tiene que concurrir para que el acoso de acecho o predatorio sea punible. Así pues, como bien sostiene MENDOZA CALDERÓN, “las conductas tiene 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 conductas como la producción del resultado de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la victima acosada”⁶⁵. En otras palabras, se exige que el sujeto activo tenga pleno conocimiento sobre los elementos del tipo objetivo y voluntad de realizarlo, incluido el resultado que deriva de su conducta.

Al abarcar el dolo el resultado de la conducta realizada por el acosador, es decir, “alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana” de la víctima, nos encontramos con posibles problemas de atipicidad si, por ejemplo, el sujeto activo no imagina que con las conductas llevadas a cabo pueden llegar a alterar el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo. Otro problema que se puede plantear, como ya adelantamos anteriormente, es el relativo al “umbral de resistencia” de la víctima, ya que en los casos en los que esta decida no alterar su vida cotidiana, no se considerará realizado el delito de acoso.

Por ello, consideramos que no es del todo adecuado el resultado previsto para este delito ya que no puede condicionarse la punibilidad del mismo al “umbral de resistencia” de la víctima, ni tampoco a la previsión de producción de dicho resultado por parte del sujeto activo.

⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”, op. cit., pág. 604.

⁶⁵ MENDOZA CALDERON, S., op. cit., pág.136.

Entiende TAPIA BALLESTEROS que no solo debe tomarse en consideración el dolo, sino también la concurrencia de un “*animus exagitandi* (animo de acosar) o *animus insidiendi* (animo de acechar)”⁶⁶, que otorgue unidad de acción a las conductas llevadas a cabo por el sujeto activo.

1.6. Antijuricidad y culpabilidad

Para que la conducta llevada a cabo por un sujeto sea penalmente relevante, se requiere que la misma sea antijurídica y que el sujeto sea culpable. No obstante, existen causas que pueden anular la antijuridicidad de la conducta llevada a cabo por el sujeto o la culpabilidad de este.

En primer lugar, empezaremos por el análisis de la antijuridicidad. La legítima defensa y el estado de necesidad son causas que anulan la antijuridicidad de un delito. En concreto, para que concurra la legítima defensa se requiere que exista una agresión inminente llevada a cabo por el sujeto pasivo del delito de acoso, y el sujeto activo realice la acción típica para evitarla. En el estado de necesidad, se requiere la existencia de una situación que amenace gravemente e inminente un bien jurídico y que los bienes jurídicos ajenos se hayan lesionado para evitar aquella. Sin embargo, consideramos que ninguna de ellas tiene cabida en el delito de acoso ya que ambas requieren inmediatez, algo contrario a la insistencia y reiteración exigida por el artículo 172 ter CP.

Dentro de la antijuridicidad debemos hacer referencia a las causas de justificación. El art.20.7 CP justifica la actuación del “que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. En este sentido, puede interpretarse que la cláusula del art.172.1 ter CP (“sin estar legítimamente autorizado”), se trata de una causa de justificación específica, como ya comentamos en el epígrafe relativo a la tipicidad, por lo que nos remitimos a las consideraciones realizadas en el mismo.

También debemos prestar atención a las causas de exculpación, puesto que pueden surgir problemas relacionados con la inimputabilidad del sujeto y con el error de prohibición.

En cuanto a la imputabilidad, el stalking en sus orígenes era propio de personas con un trastorno delirante erotomaníaco, es decir, ideas delirantes de que otra persona, en general de status superior, está enamorada del sujeto⁶⁷, y puede que ni siquiera aquella le conozca. Cabe recordar los célebres casos mencionados al inicio del presente, como el de John Lennon o Rebecca Schaffer.

⁶⁶ TAPIA BALLESTEROS, P., op. cit., pág.166.

⁶⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Auto de inadmisión núm. 2675/2001, de 30 de enero de 2003.

En relación con los tipos de stalkers, VILLACAMPA ESTIARTE realiza una recopilación de las diferentes tipologías⁶⁸. Entendemos que existen dos grupos diferenciados: el primero de ellos, los sujetos que actúan por estados afectivos (celos, amor, odio, venganza, etc.); el segundo de ellos lo componen aquellos sujetos asépticos con relación al sujeto pasivo, es decir, realizan las conductas acosadoras con la finalidad de conseguir una recompensa (recompensa profesional, económica, etc.). Por ello, será en el primer grupo en el que concurren más sujetos con trastornos delirantes erotomaníacos.

No obstante, que el sujeto activo sufra trastornos delirantes erotomaníacos no quiere decir que siempre se le considere inimputable. El art.20.1 CP establece que “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. Sin embargo, al resultar tan complicado determinar la afección que el trastorno mental tuvo en la voluntad y conciencia del sujeto para la comisión del delito, se aboga por la eximente incompleta.

Existen dos tipos de erotomanía: por un lado, la pura, es aquella que consiste en ideas delirantes persistentes (paranoia) y; por otro lado, la secundaria, relacionada con una enfermedad mental más extensa (trastorno bipolar o esquizofrenia)⁶⁹. Las características del delito de acoso hacen que, en la mayoría de los casos, el sujeto activo posea un trastorno erotomaníaco. Por ejemplo, el supuesto en el que el sujeto activo cree firmemente que es correspondido sentimentalmente por el sujeto pasivo, por lo que le realiza numerosas llamadas, búsqueda de cercanía física, envío de cartas, flores, etc.

En conclusión, para que el trastorno erotomaníaco sea considerado como causa de inimputabilidad se requiere que exista una relación directa entre el delito cometido y el trastorno padecido, puesto que si el delirio no es el motivo esencial de la conducta del acosador, se aplicaría la eximente incompleta⁷⁰.

Ya conocemos los posibles casos de inimputabilidad del sujeto activo, por lo que es el momento de detenernos en el conocimiento por parte de este de la antijuridicidad de la conducta que ha llevado a cabo. Para que la conducta realizada por el sujeto activo sea reprochable penalmente, este deberá ser imputable y, además, deberá conocer la ilicitud de su actuación puesto que, de no ser así, habría incurrido en un error de prohibición (vencible o invencible) lo que dará lugar a la exculpación de la acción o a su atenuación. Para ello, como

⁶⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C, 2009. *Stalking y Derecho Penal...* op. cit., págs. 95-103.

⁶⁹ TAPIA BALLESTEROS, P., op.cit., pág.143.

⁷⁰ URRUELA MORA, A., 2004, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. Granada y Bilbao: Comares, págs. 253 y ss.

bien establece JORGE CORDOBA, habrá de tener en cuenta la “capacidad de motivarse a iniciar un proceso de adquisición de conocimientos”⁷¹. Además, también considera que “se trata de comprobar si el autor, en virtud de sus capacidades físicas e intelectuales, habría podido conocer y evitar la infracción de la norma, si se hubiese motivado de manera dominante a conocer y a seguir el Derecho”. Posteriormente, de ser la respuesta afirmativa, añade, “habrá que establecer si el autor tenía el deber de procurarse motivación para conocer y evitar la infracción de la norma”⁷².

No obstante, el problema que aquí se plantea es que las conductas llevadas a cabo por el sujeto pasivo, no tienen relevancia penal por sí mismas, por lo que este podría presumir que son lícitas. Sin embargo, como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, el papel de la víctima es fundamental, por lo que su reacción supone una evidencia de la licitud o ilicitud de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo. Es decir, si la víctima se siente alagada con la conducta del sujeto activo, estamos ante un hecho sin relevancia penal pero si, en cambio, la víctima manifiesta tu descontento y aun así el sujeto insiste y reitera su conducta, cumpliéndose con los requisitos del art.172 ter CP, la conducta será ilícita y, por ende, merecedora de sanción penal.

1.7. Iter criminis

Como bien sabemos, nuestro Código Penal contempla la punibilidad de los actos preparatorios como son la provocación, conspiración y proposición (artículos 17 y 18 CP), siempre y cuando se prevea expresamente en el delito concreto. En el delito de acoso, no se contempla ninguna cláusula relativa a dichos actos preparatorios, por lo que los mismos no serán punibles.

En cuanto a la tentativa, esta será siempre punible salvo que el sujeto haya evitado la consumación del delito de forma voluntaria, en virtud del artículo 16.2 CP. El legislador faculta al juzgador para que “atendiendo al peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado”⁷³ sancione la tentativa con una pena inferior en uno o dos grados. Por tanto, estaremos ante un supuesto de tentativa de delito de acoso en aquellos casos en los que el sujeto activo ha llevado a cabo “todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor” (artículo 15 CP), en otras palabras, cuando el sujeto activo cesa en su

⁷¹ JORGE CORDOBA, F., 2012, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid: Marcial Pons, pág.50.

⁷² *Ibid.*, pág.82.

⁷³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm.281.

actuación acosadora antes de lesionar la libertad de obrar y la seguridad del sujeto pasivo, de forma voluntaria.

Como indicamos en el epígrafe relativo a los elementos comunes de las conductas constitutivas de acoso previstas en el art.172 ter CP, el resultado de este delito es la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, por tanto, el bien jurídico se lesiona cuando se produce dicha alteración. En su virtud, los actos llevados a cabo desde el inicio de las conductas acosadoras hasta que tiene lugar el resultado, se encuentran en la fase de tentativa, que será calificada como acabada o inacabada, según su grado de ejecución.

No obstante, nos encontramos con un problema debido a la ambigüedad del precepto. Si bien es requisito necesario la insistencia y reiteración de la conducta, si esta se lleva a cabo de tal forma pero no llega a producir el resultado y, por ende, no resulta lesionado el bien jurídico protegido, podríamos considerar que nos encontramos ante un caso de desistimiento, por lo que no tendría cabida en el tipo la tentativa acabada.

Otro de los problemas que entendemos que concurre en el iter criminis del delito de acoso es está relacionado con el “umbral de resistencia” de la víctima, ya que habrá ocasiones en las cuales conductas llevadas a cabo de forma idéntica podrían considerarse consumadas o en grado de tentativa, según el “umbral de resistencia de la víctima”. A esto ya hicimos referencia al tratar el requisito de la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto.

Al margen de ello, pero relacionado con la tentativa, consideramos necesario analizar dos de las conductas enumeradas en el artículo 172.1 ter CP.

En primer lugar, la conducta de intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación o a través de terceras personas. En esta conducta el legislador equipara la fase de tentativa (intento de establecer contacto), con la consumación (establecer contacto), algo incoherente ya que el simple intento de contactar con la víctima de forma insistente y reiterada y sin estar legítimamente autorizado lesiona el bien jurídico protegido; no obstante, si el sujeto activo consigue ponerse en contacto con la víctima, también de forma insistente y reiterada y sin estar legítimamente autorizado, podría considerarse que dicha conducta no supone una lesión del bien jurídico protegido por lo que nos encontraríamos ante un delito de acoso en fase de tentativa.

También resulta sorprendente que el legislador sancione el mero hecho de solicitar a un tercero que se ponga en contacto con el sujeto pasivo, aunque este no llevara a cabo la

conducta, ya que, bajo nuestro punto de vista, ese acto debería ser calificado como un acto preparatorio. Es más, si el sujeto activo solicita a un tercero que se ponga en contacto con la víctima y este, a sabiendas de las intenciones del sujeto activo y la ilicitud de la conducta, llevara a cabo la acción, podríamos entender que se trata de una proposición.

Algo similar ocurre con la previsión referida a hacer que terceras personas se pongan en contacto con la víctima, mediante el uso indebido de sus datos personales. Con esta previsión también entendemos que el legislador otorga relevancia pena al mero hecho de usar indebidamente los datos, lo cual consideramos que debería calificarse de acto preparatorio para la realización de la conducta de acoso que el sujeto activo pretende llevar a cabo.

Por todo ello, consideramos que el legislador adelanta las barreras de protección y no es debería otorgar la misma relevancia penal a conductas que no poseen el mismo injusto, aunque por sí mismas sean constitutivas de otro delito.

Parece ser que para entender que solo se trata del comienzo de una conducta de acoso, debe existir una estrategia que no abarca solo las conductas llevadas a cabo hasta entonces, sino que integra otras más.

Finalmente, destacar que el delito de acoso es un delito privado, por lo que solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o su representante. Por tanto, cuando los hechos aun no han dado lugar a la lesión del bien jurídico protegido, sería difícil su persecución. Por tanto, entendemos que será muy poco probable encontrarnos con una sentencia condenatoria de un delito de acoso de acecho en grado de tentativa.

1.8. Autoría y participación

Como ya comentamos al tratar el tema de la tipicidad, el delito de acoso de acecho es un delito común, es decir, cualquier persona puede ser autor de este delito, sin la necesidad de que concurran en él unas características o cualidades específicas.

El supuesto más habitual es aquel en el que una persona, por sí sola, lleva a cabo alguna de las conductas recogidas en el art.172.1 ter CP, de forma reiterada y sin estar legítimamente autorizada. No obstante, también podemos encontrarnos con terceras personas que participan en la comisión del delito de acoso de acecho, por lo que habrá que determinar la responsabilidad penal de cada una de ellas.

Por tanto, podemos encontrarnos con un solo sujeto que realiza la conducta de acoso (autor), varios sujetos que llevan a cabo dicha conducta de forma conjunta (coautores), o uno o varios sujetos que actúan con uno o varios cómplices (partícipes).

En primer lugar, cabe mencionar que actualmente la doctrina mayoritaria vincula la autoría y coautoría al dominio que el sujeto ostenta sobre el hecho⁷⁴. Por tanto, serán coautores los que “presten en fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa”⁷⁵ y, también, los que realicen por sí mismos todos los elementos del tipo actuando de forma no coaccionada e independiente.

También puede ocurrir que un sujeto, mediante precio, recompensa o promesa, solicite a otro llevar a cabo cualquiera de las conductas constitutivas del delito de acoso. Para atender a la calificación de cada sujeto habrá que tener en consideración las circunstancias concretas de cada caso, ya que podemos encontrarnos diversas situaciones, por ejemplo:

- Un sujeto solicita a otro la realización de una o varias conductas, este último acepta a sabiendas de que son constitutivas de un delito de acoso. En este caso, el sujeto solicitante no tendrá la calificación de autor, sino de inductor, siendo el sujeto ejecutante autor del delito.
- Un sujeto solicita a otro la realización de una o varias conductas, este último acepta pero, conjuntamente, diseñan un plan de actuación. En este supuesto, ya no podríamos hablar de inducción, sino de coautoría.
- Un sujeto solicita a otro la realización de una o varias conductas, este último acepta pero desconoce los motivos por los cuales aquel le pide que lleve a cabo las mismas u obra con error. En este supuesto, aunque el sujeto solicitante no sea quien ejecuta la conducta, sí ostenta el dominio del hecho, por lo que tendría la calificación de autor. Es decir, también es considerado autor quien “hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada”⁷⁶.

Un ejemplo de autoría mediata sería aquel en que el sujeto acude a una mensajería y contrata sus servicios para que todos los días a la misma hora se le haga entrega de un ramo de flores a su víctima.

⁷⁴ BOLEA BARDÓN, C., 2000, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág.37.

⁷⁵ ROXIN, C., 2000, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., Madrid: Marcial Pons, pág.335.

⁷⁶ ROXIN, C., op. cit., pág.335.

Lo contrario ocurre cuando el sujeto contrata a una agencia de gestión de cobros para satisfacer el crédito que tiene con su víctima, donde podemos encontrarnos ante dos hipótesis. La primera es aquella en la que dicha empresa tiene establecido un plan de actuación que es llevado a cabo por uno de sus trabajadores. En este caso, al no estar prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el delito de acoso, respondería penalmente el representante de la empresa, aplicando el criterio de “actuar en nombre de otro”⁷⁷. La segunda hipótesis es aquella en la cual un trabajador individualmente decide llevar a cabo las conductas constitutivas de acoso para cumplir los objetivos que le fija la empresa. En este caso, el trabajador sería autor de un delito de acoso de acecho. No obstante, si el trabajador actuara mediante un mandato de su superior jerárquico, el autor del delito será este, no siendo el empleado penalmente responsable.

Consideramos necesario hacer en este epígrafe una mención especial a la actuación de terceras personas en el delito de acoso, ya que el precepto señala dos conductas en las que hace referencia a aquellas, en concreto, la circunstancia 2ª y 3ª del apartado 1 del artículo 172 ter CP.

La circunstancia 2ª castiga al que “establezca o intente establecer contacto [...] por medio de terceras personas”. En este caso, habrá que atender también a las circunstancias específicas de cada caso ya que si ese tercero se pone en contacto una sola vez con el sujeto pasivo sin conocer las intenciones del sujeto activo, la conducta del tercero sería atípica, mientras que la autoría corresponde en exclusiva al sujeto activo que es quien lleva a cabo la acción típica. Sin embargo, si el tercero es plenamente consciente de la situación de acoso realizada por el sujeto activo y accede a participar en ella, estaríamos ante un supuesto de coautoría.

La circunstancia 3ª castiga al que “mediante el uso indebido de sus datos personales [...] haga que terceras personas se pongan en contacto con ella”. En este caso, como adelantamos en el epígrafe dedicado a esta conducta, se plantea un problema en relación con la autoría y participación. Cabe recordar que el precepto establece como requisito necesario la insistencia y reiteración de la conducta, elemento que no concurre en este caso si tenemos en cuenta que el acto de usar indebidamente los datos del sujeto pasivo puede ser realizado una sola vez y que el mismo conlleve numerosas puestas en contacto con la víctima por parte de terceras personas, en general no conocidas por aquella, y será en este momento donde concurren los requisitos de insistencia y reiteración. Por ello, si consideramos que las terceras personas que contactan con la víctima no conocen el uso indebido de esos datos, estarían actuando

⁷⁷ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.L., 2010, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Navarra: Thomson, págs.1061-1068

mediante un error de tipo, por lo que el autor de este delito será el sujeto activo que utiliza indebidamente los datos del sujeto pasivo. Distinto sería el caso en que la víctima, ponga en conocimiento de esas terceras personas que sus datos han sido utilizados indebidamente, y alguna persona continúe con su conducta a sabiendas de ello, de forma insistente y sin estar legítimamente autorizadas. En tal caso, esta persona sería autora de un delito de acoso de acecho independiente del llevado a cabo por quien ha utilizado los datos de forma indebida.

1.9. Concurso de delitos

Como señalábamos anteriormente, las conductas llevadas a cabo por el sujeto activo pueden ser constitutivas de delito de acoso pero, a su vez, pueden concretarse en otros tipos delictivos. Es decir, las conductas llevadas a cabo por aquel pueden colmar un único delito o varios.

Por ello, es importante tratar la teoría del concurso de delitos, comenzando por la referencia a la denominada “triple identidad” (sujetos, hechos y fundamento), criterio fundamental creado por el Tribunal Constitucional para evitar la vulneración del principio non bis in ídem⁷⁸. Atendiendo al mismo, se entenderá que se está sancionando dos veces por los mismos hechos cuando exista plena identidad de sujetos, bien jurídico protegido y la conducta típica sea coincidente con las normas sancionadoras aplicadas.

Atendiendo al delito objeto de estudio, como adelantábamos con anterioridad, el apartado 3 del artículo 172 ter CP contiene una cláusula concursal, la cual establece que “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”. Esta cláusula ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, por considerar que la misma supone una vulneración del principio non bis in ídem. Así, se vulneraría dicho principio si, por ejemplo, se vierten amenazas contra un sujeto pasivo mediante las conductas enumeradas en el art.172.1 ter CP, ya que el bien jurídico protegido por ambos delitos es la libertad de obrar, existiendo también identidad de sujetos y de hechos. En esta línea, GALDEANO SANTAMARIA sostiene que si las conductas que constituyen el hostigamiento adquieren entidad propia “por progresión delictiva debe quedar absorbido en el artículo 172 ter”⁷⁹.

Como ya mencionamos en el epígrafe relativo al bien jurídico protegido, la doctrina mayoritaria considera como tal la libertad de obrar pero, sin embargo, una doctrina minoritaria sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de acoso es la integridad moral

⁷⁸ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 2/2003, de 16 de enero.

⁷⁹ GALDEANO SANTAMARIA, A., op. cit., pág.570.

del sujeto pasivo. En este sentido, MALLIN EVANGELIO considera que aunque los bienes jurídicos protegidos sean distintos “la conducta del sujeto se está valorando dos veces, una por el acto individual, que contribuye a la producción del resultado típico de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana, y otra por su realización insistente y reiterada, productora de ese mismo resultado, lo que resulta inadmisibles”⁸⁰.

Esta cláusula se asemeja a la prevista en el art.173.2 CP, sobre la que se pronunció el Tribunal Constitucional afirmando que es posible la aplicación conjunta del delito de malos tratos y el delito de lesiones, estableciendo que “el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar”⁸¹. Añade, además, que “entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio no bis in ídem”⁸². Trasladando estas consideraciones del TC al delito de acoso de acecho, lo relevante en el mismo no será la realización de las conductas enumeradas en el precepto, sino la creación de una situación en la que el sujeto pasivo, debido a la sensación de miedo e inseguridad que le provoca la conducta llevada a cabo por el sujeto activo, vea limitada su toma de decisiones o la ejecución de las mismas.

Algunos autores han propuesto distintas alternativas para solucionar el problema que plantea esta cláusula. Así, VILLACAMPA ESTIARTE, propone la sustitución de aquella por una subsidiaria con el siguiente tenor literal: “salvo que los hechos constituyeren un delito más grave”⁸³. Los hay también partidarios de su supresión como, por ejemplo, GALDEANO SANTAMARIA⁸⁴. Por último, mencionar a MUÑOZ CONDE, partidario de una aplicación restrictiva de la cláusula, ya que 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 acoso⁸⁵.

⁸⁰ MALLIN EVANGELIO, A., op. cit., págs.561-562.

⁸¹ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 77/2010, de 19 de octubre.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”, op. cit., pág. 610-611.

⁸⁴ GALDEANO SANTAMARIA, A., op. cit., pág.572.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F., op. cit., pág.147.

A pesar de todo ello, podemos entender que el legislador incorpora esta cláusula pensando, por ejemplo, en el supuesto en que el sujeto activo, de forma reiterada e insistente y sin estar legítimamente autorizado, realiza alguna de las conductas enumeradas en el art.172.1 ter CP vertiendo una serie de amenazas sobre el sujeto pasivo. El legislador con la cláusula del apartado 3 del mismo artículo, pretende evitar que el delito de acoso absorba las amenazas vertidas sobre la víctima, ya que el delito de acoso está penado con prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, mientras que la conducta de amenazar a otra persona puede llegar a ser sancionada con un máximo de cinco años de prisión.

No obstante, consideramos que el delito de acoso es un delito pluriofensivo, en el que pueden verse afectados otros bienes jurídicos, por lo que aquel debería absorber los delitos de coacciones, amenazas o daños que tuvieran lugar en el seno de la conducta acosadora, siempre y cuando no posean especial entidad. Además, en virtud del principio de especialidad, tampoco podría aplicarse esta cláusula a las distintas modalidades de acoso (sexual, inmobiliario, a menores).

Cuando el delito de acoso de acecho se ejerce sobre alguna de las personas contempladas en el art.173.2 CP, se considera que el delito de acoso es parte integrante de los delitos de violencia de género y/o violencia doméstica. En estos supuestos, suele ser frecuente que sobre el sujeto activo recaiga una orden de alejamiento con respecto al sujeto pasivo. Por tanto, en estos casos, entendemos que se admitirá el concurso ideal de delitos cuando las conductas realizadas por aquel, de forma insistente y reiterada, impliquen vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física, ya que estaría quebrantando la condena que le fue impuesta (art.468.2 CP). En estos supuestos no surge el problema de la posible vulneración del principio non bis in ídem, al no existir coincidencia entre los bienes jurídicos protegidos ya que, el delito de acoso tutela la libertad de obrar y la seguridad del sujeto pasivo, mientras que el delito de quebrantamiento de condena tutela la Administración de Justicia.

Al igual que en el tipo básico del delito de acoso de acecho, las conductas que integren la acción de acoso pero que por sí mismas constituyan un delito que tutele el mismo bien jurídico, quedarán absorbidas por el art.172 ter, siempre y cuando su injusto no vaya mas allá del comprendido por el delito de acoso de acecho o predatorio. No obstante, los problemas surgen cuando dentro de la acción acosadora se llevan a cabo conductas que por sí mismas lesionan otro bien jurídico como, por ejemplo, la salud mental del sujeto pasivo. En este caso, se considera que dicha conducta forma parte de una estrategia llevada a cabo por el sujeto activo para cometer el delito de acoso de acecho, por lo que habrá que evaluar la

consideración especial del sujeto pasivo habrá de ser evaluada únicamente en el delito de acoso. Una excepción podría ser cuando la conducta fuere un delito de lesiones físicas, las cuales no son contempladas en el art.172 ter CP por lo que, en este caso, constituirían un concurso real de delitos y la especial consideración del sujeto pasivo habría de tenerse en cuenta en ambos.

1.10. El cyberstalking

El cyberstalking es la conducta de acoso de acecho del artículo 172 ter CP, pero con la peculiaridad de que se lleva a cabo mediante el uso de las nuevas tecnologías.

Actualmente, las nuevas tecnologías juegan un papel muy importante en nuestro día a día, ya que internet y las redes sociales son objeto de utilización masiva tanto para la difusión de noticias, imágenes, etc. como para la comunicación con otras personas, a veces, desconocidas.

Si bien la tecnología es una herramienta muy poderosa que nos aporta numerosos beneficios, también es un medio peligroso que permite realizar, con relativa facilidad, conductas de vigilancia, persecución, control, acecho, humillación, etc., lo que puede dar lugar a la lesión del bien jurídico protegido por el delito de acoso de acecho, así como otros bienes jurídicos. Esto es debido, en mayor medida, tanto a la excesiva información personal que compartimos en las redes como al anonimato del que goza el sujeto activo⁸⁶.

De acuerdo con GARCIA GONZALEZ⁸⁷, los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías gozan de unas características particulares como, por ejemplo, el posible anonimato del sujeto pasivo y el mayor sentimiento de impotencia de la víctima al desconocerlo.

Nuestro Código Penal hace referencia a conductas merecedoras de sanción penal realizadas mediante el uso de las nuevas tecnologías. Aunque, son consideradas insuficientes, por ejemplo, por MARTIN NAJERA quien a modo ejemplificativo señala diferentes conductas de cyberstalking⁸⁸.

Sin embargo, el art.172 ter CP no hace referencia a las conductas de acoso llevadas a cabo mediante aquellas, es por ello que nos preguntamos si el tipo abarca también las conductas realizadas mediante instrumentos tecnológicos. La respuesta a esta pregunta parece ser afirmativa ya que todas las conductas enumeradas en el tipo pueden llevarse a cabo mediante

⁸⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, J., 2010, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág.10.

⁸⁷ Ibid., págs.14 y 15.

⁸⁸ MARTIN NAJERA, P., op. cit., págs.43 y 44.

medios tecnológicos, salvo la búsqueda de cercanía física. No obstante, entendemos que para evitar problemas, lo más sencillo hubiera sido la inclusión en el precepto de una cláusula que estableciera la posible comisión del delito de acoso de acecho a través de cualquier medio tecnológico.

Por último, es menester destacar la Sentencia núm.260/2016, de 23 de marzo, la cual condena al acusado por un delito de acoso de acecho del art.172 ter CP, sin embargo, podríamos considerarlo como un supuesto de cyberstalking, ya que la conducta calificada como constitutiva de acoso por el Juzgado de Instrucción nº3 de Tudela, consistía en llamadas de teléfono a la víctima, envío de sms, mensajes de Whatsapp escritos y de audio, fotografías y, por último, mensajes de contenido sexual⁸⁹.

1.11. Penalidad

1.11.1. Pena

Comenzamos este epígrafe recordando que antes de la tipificación del delito de acoso en nuestro ordenamiento jurídico, las conductas que hoy día son constitutivas de un delito de acoso eran reconducidas a otros tipos penales como las coacciones, amenazas, trato degradante, maltrato habitual, acoso sexual o quebrantamiento de condena o incumplimiento de medidas cautelares. Todos estos delitos a los que eran reconducidas las conductas constitutivas de acoso por no tener una regulación legal en nuestro ordenamiento, son calificados como delitos menos graves.

Por ello, manteniendo la misma línea, el delito de acoso de acecho, desde las primeras propuestas legislativas, ha sido calificado como un delito menos grave, atribuyéndole una pena de prisión de tres meses a dos años o una pena de multa de seis a veinticuatro meses.

En el Proyecto de reforma de 4 de octubre de 2013 se preveía, junto con las sanciones señaladas anteriormente, la medida de libertad vigilada. Sin embargo, la misma no llegó a ser incorporada por la LO 1/2015.

Bajo nuestro punto de vista, resulta coherente no introducir en el delito de acoso la medida de seguridad de libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena. No obstante, consideramos que hubiera sido conveniente mantener la misma para los tipos agravados, en especial, sería coherente mantenerla cuando el sujeto pasivo del delito de acoso fuere una de las personas a

⁸⁹ España. Juzgado de Instrucción nº3 de Tudela. Sentencia núm.260/2016, de 23 de marzo de 2016

las que se refiere el art.173.2 CP, al cual hace remisión el art.172.2 ter CP, puesto que el resto de delitos relativos a la violencia de género prevén dicha medida de seguridad.

1.11.2. Tipos cualificados

En el art.172 ter CP podemos encontrar dos tipos agravados del delito de acoso de acecho. Por un lado, el último inciso del apartado 1 de dicho artículo establece que “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”. Por otro lado, el apartado 2 del mismo precepto señala que “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 primer lugar, se entiende por “persona especialmente vulnerable” aquellas que se encuentran en una situación de desvalimiento⁹⁰, es decir, son potencialmente susceptibles de ser víctimas de forma reiterada y objeto de intimidación por parte del sujeto activo, bien sea por sus características propias o por la clase de delito de los cuales han sido víctimas.

En este caso, el legislador vincula la especial vulnerabilidad de la víctima a la edad, enfermedad o situación de la misma.

En cuanto a la edad, no se hace referencia a qué tramo de edad es considerado como posible estado de vulnerabilidad. Existen preceptos en el Código Penal donde los tipos agravados hacen referencia a la edad de la víctima, por ejemplo, en la circunstancia agravante 1ª del delito de asesinato, donde se señala “menos de dieciséis años de edad”⁹¹, diferenciándolo de la vulnerabilidad por razón de la edad. Por ello, podemos interpretar que el legislador, al hacer referencia a la edad, alude a las personas mayores. No obstante, deviene necesario fijar una edad, la cual se ha venido considerando por la doctrina como la edad de jubilación, y, a partir de la misma, atender a las circunstancias concurrentes en el sujeto pasivo para determinar si verdaderamente se encuentra en una situación de desvalimiento, tomando en consideración, por ejemplo, su situación de dependencia económica, física o psíquica.

En relación con la enfermedad, no todas ellas son objeto de protección sino que debe situar al sujeto pasivo en una situación de vulnerabilidad. Por tanto, serán objeto de protección las

⁹⁰ DE HOYOS SANCHO, M., 2013, “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos aprobados en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, MONSERRAT (directora), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 60 y ss.

⁹¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm.281

enfermedades terminales o crónicas, incluidas las adicciones. Cabe destacar que el precepto no hace referencia a la discapacidad, la cual, al no ser una enfermedad, consideramos que resultaría necesaria su expresa previsión.

Por último, la referencia a la situación de la víctima es considerada como un cajón de sastre, donde tiene cabida cualquier tipo de situación de desvalimiento que no pueda encuadrarse en la edad o enfermedad. Por ello, entendemos que en la situación de la víctima queda comprendidos los casos de dependencia, siempre y cuando la misma no esté vinculada a la edad o a la enfermedad. Consideramos que la situación debería haberse referido en concreto a las situaciones personales, como ocurre en otros preceptos del Código Penal, para evitar que la dependencia económica sea considerada situación de desvalimiento.

En ambos casos agravados, como podemos comprobar, la pena máxima coincide con la del tipo básico, por lo que la diferencia es el límite mínimo de la pena y el establecimiento de una pena alternativa.

La comisión del tipo básico puede dar lugar a la imposición de una pena de prisión o una pena de multa. No obstante, en la circunstancia agravada prevista en el apartado 2 del artículo 172 ter CP, no se prevé la pena de multa como alternativa a la pena de prisión, sino la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Como ya hemos señalado en epígrafes anteriores, la pena de multa fue incorporada en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012, sin embargo, al ser objeto de críticas por parte del Consejo General del Poder Judicial⁹², fue suprimida en el Proyecto de Reforma de 4 de octubre de 2013, ya que la sanción pecuniaria podría llegar a afectar a la víctima si esta dependiera del sujeto activo.

Resulta sorprendente que en el tipo agravado relativo a las personas especialmente vulnerables no se prevea una pena alternativa. En este caso, entendemos que el precepto debería prever, como alternativa, la pena de multa, ya que su imposición no resultaría perjudicial para el sujeto pasivo, o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que consideramos que la conducta realizada sobre los sujetos pasivos del art.173.2 CP suponen un mayor desvalor que la realizada sobre personas especialmente vulnerables y, sin embargo, en esta última la sanción penal es más gravosa.

En relación al tipo agravado del apartado 2 del artículo 172 ter, la remisión que hace a los sujetos del apartado 2 del artículo 173 nos hace pensar que el legislador prevé esta agravación teniendo en consideración los casos de violencia de género. Si bien el precepto comienza por

⁹² Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, pág.169.

“el que”, esto no quiere decir que el sujeto activo tenga que ser, necesariamente, un hombre, sino que dicha expresión representa a cualquier sujeto con independencia de su género. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, al afirmar que limitar la autoría de este delito únicamente a los hombres, supone una posibilidad, pero no la única⁹³.

Por último, debemos destacar que el legislador no contempla el supuesto en que el tercero próximo a la víctima que sufre un atentado contra su libertad o patrimonio llevado a cabo por el sujeto activo, sea una persona especialmente vulnerable o una de las personas contempladas en el art.173.2 CP. Atendiendo a la literalidad del precepto, este supuesto no tendría cabida dentro del apartado 2 del artículo 172 ter, puesto que el mismo prevé como agravante el hecho de que “el ofendido” sea una de las personas contempladas en el apartado 2 del artículo 173, expresión que excluye la agravante para el resto de personas que no sea víctima del delito de acoso de acecho. Sin embargo, en el último inciso del apartado 1 del artículo 172 ter, no se hace referencia a que la persona especialmente vulnerable tenga que ser “el ofendido” para considerar que concurre la agravación, por lo que podemos entender que aquí sí tendría cabida el supuesto mencionado anteriormente.

1.12. Breve referencia al Derecho comparado

Debido a la extensión que nos podría llevar el realizar un análisis completamente detallado del derecho comparado en relación con el delito de acoso de acecho, haremos una breve referencia destacando los aspectos más relevantes.

En concreto, veremos países como Alemania y Austria, ya que en ellos se inspira el art.172 ter de nuestro Código Penal y, también, Italia y Portugal por ser los últimos países más cercanos en incorporar el delito de stalking a su ordenamiento jurídico.

Por otra parte, Estados Unidos, por ser el origen de las Leyes Antistalking, fue tratado al inicio del presente trabajo como aproximación histórica del delito de stalking, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

1.12.1. Alemania

En Alemania, el delito de acoso de acecho o predatorio se introduce en el año 2007 bajo la denominación de persecución (*Nachstellung*) en el artículo 238 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*), en el capítulo 18 dedicado a los delitos contra la libertad personal.

⁹³ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 59/2008, de 14 de mayo.

El apartado 4 de dicho precepto establece el delito de acoso como delito privado, ya que solo se prevé su perseguibilidad a instancia de parte, salvo que los hechos sea considerados de interés público y la autoridad judicial estime necesario actuar de oficio.

El StGB sigue el criterio establecido en *The Model Code Revisited*, enumerando una serie de conductas que podrían ser constitutivas del delito de persecución. Estas conductas son las siguientes: buscar proximidad física, utilizar medios de comunicación o terceras personas para contactar con la víctima, uso indebido de los datos personales con el fin de adquirir productos, mercancías o contratar servicios o para inducir a que terceras personas se pongan en contacto con la víctima. Como podemos comprobar, las conductas enumeradas en el Código Penal alemán vienen siendo las mismas que el legislador español incorporó a nuestro art.172.1 ter CP. No obstante, la enumeración de dichas conductas no supone un listado cerrado, ya que se añade una clausula mediante la cual se otorga relevancia penal a la realización de actos análogos.

Para considerar una conducta como constitutiva de un delito de persecución, se requiere que el sujeto activo no se encuentre autorizado a llevar a cabo los actos y, que estos se lleven a cabo de manera persistente. Cabe recordar que nuestro Código Penal también exige que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado y la insistencia y reiteración de la conducta, por lo que, en este sentido, el legislador español también toma en consideración la redacción alemana.

En cuanto al resultado típico, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, se exige que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo de lugar a una perturbación en la vida cotidiana del sujeto pasivo. Por ello, como ya hemos reiterado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, es fundamental la reacción de la victima ante las conductas constitutivas de este delito, ya que en función de su “umbral de resistencia” la conducta será considerada, o no, merecedora de reproche penal.

Por último, añadir que el StGB también prevé dos tipos agravados de este delito en función del resultado, es decir, cuando se pusiera en peligro de muerte o grave daño para la salud al sujeto pasivo o un pariente o una persona próxima a aquella o; cuando se llegase a producir la muerte.

1.12.2. Austria

El 1 de julio de 2006 se incorpora el delito de persecución persistente (*beharrliche Verfolgung*) persistente al Código Penal austriaco, en concreto, en su artículo 107, ubicado junto a los delitos contra la libertad.

La conducta descrita por el precepto es muy similar a la del StGB alemán. En el mismo podemos encontrar una serie de conductas enumeradas, las cuales realizadas durante un largo periodo de tiempo, pueden ser consideradas como persecución persistente. Estas conductas son las siguientes: búsqueda de proximidad física, contacto mediante cualquier medio de comunicación o a través de terceras personas, uso indebido de datos de carácter personal para adquirir bienes o contratar servicios, o facilitar los datos personales de la víctima a terceras personas para que se pongan en contacto con ella.

Se diferencia con la regulación contenida en el StGB alemán en dos cuestiones. Por un lado, no contiene una clausula abierta que permita sancionar como delito de persecución persistente conductas no previstas expresamente en el 107, por lo que se considera la enumeración realizada como un *numerus clausus*. Por otro lado, se trata de un delito de mera actividad, ya que no prevé un resultado típico, por lo que se considerará consumada la conducta del sujeto pasivo que sea realizada de forma ilegal y persistente y aquella posea la entidad suficiente como para afectar a la vida cotidiana del sujeto pasivo, aunque no llegue a producirse dicha afección.

1.12.3. Italia

El delito de acoso de acecho viene siendo reconocido en el ordenamiento jurídico italiano, desde el año 2009, como *atti persecutori*. En concreto, es el artículo 612 bis del Código Penal italiano (*Codice Penale*) el que tipifica los actos persecutorios dentro del capítulo dedicado a la libertad individual.

La conducta tipificada como *atti persecutori* es aquella realizada contra otro y de forma reiterada, en la que se llevan a cabo amenazas o conductas de acoso (molesta). A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico y de los vistos anteriormente, el legislador italiano no realiza una enumeración de las conductas que puedan ser constitutivas del delito de acoso. Según VILLACAMPA ESTIARTE⁹⁴, esto tiene su ventaja ya que permite que el tipo no se quede

⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2009. “La introducción del delito de “atti persecutori” en el Código Penal Italiano”. En: *Revista para el análisis del derecho*, nº3. La tipificación del stalking en Italia Barcelona: Indred., pág. 21.

obsoleto, por lo que tendrá una mayor vigencia; pero también tiene inconvenientes, puesto que supone un riesgo de indeterminación.

El delito de acoso de acecho en el Código Penal italiano se configura como un delito de resultado⁹⁵. El precepto señala tres posibles resultados típicos de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo:

- Uno de ellos será la ansiedad o miedo, grave y duradero, provocado en el sujeto pasivo.
- Otro, será, el temor producido en el sujeto pasivo sobre su integridad física o la de algún pariente próximo o persona ligada a él por relación de afectividad.
- Por último, que el sujeto se vea obligado a alterar su vida cotidiana.

La doctrina italiana critica la actuación del legislador de otorgar la misma relevancia penal a los tres tipos de resultados posibles. Autores como FIANDACA y MUSCO, equiparan los dos primeros resultados pero critican el que se otorgue la misma valoración a la alteración de la vida cotidiana del sujeto pasivo⁹⁶, ya que supone una mayor gravedad.

Es de destacar que si los actos constitutivos del delito de acoso constituyeran un delito que posea mayor gravedad, se aplicaría únicamente este, excluyendo el delito acoso. No obstante, en el delito de homicidio se introdujo un tipo agravante si el sujeto activo de este delito fuere el mismo que el autor del delito de acoso⁹⁷.

Finalmente, añadir que se trata de un delito privado, perseguible a instancia de parte, salvo en las siguientes situaciones: que el ofendido fuere menor de edad o persona con discapacidad o que se haya llevado a cabo de forma conjunta con otro delito perseguible de oficio.

1.12.4. Portugal

El 5 de agosto de 2015, se incorpora al Código Penal portugués el delito de persecución (*Perseguição*), en el artículo 154 A, dentro del capítulo dedicado a los delitos contra la libertad personal.

Para el Código Penal portugués, el delito de acoso de acecho es la persecución llevada a cabo de forma reiterada contra una persona, por cualquier medio y que sea adecuada para provocar

⁹⁵ FIANDACA, G./ MUSCO, E., 2010, “El delito de stalking en el Código Penal italiano”, trad. MENDOZA CALDERON, S., 2010, *Revista General de Derecho Penal*, nº13, pág.5.

⁹⁶ FIANDACA, G./ MUSCO, E., op. cit., pág.7.

⁹⁷ MAUGERI, A.M., op. cit., pág.247.

en ella miedo o inquietud o que tenga entidad suficiente para lesionar su libertad de determinación.

Al igual que la regulación italiana, no se prevé un listado de conductas constitutivas de este delito, sino que se atenderá a la adecuación de la conducta para producir un resultado. En este caso, a diferencia de lo previsto en el ordenamiento jurídico italiano, no se requiere la efectiva producción de un resultado, sino que el delito de acoso de acecho se configura como un delito de peligro, por lo que solo se exige para su consumación que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo sea idónea para provocar miedo o inquietud en el sujeto pasivo o para lesionar su libertad de determinación.

El artículo 155 prevé unos tipos agravados que también son de aplicación al artículo 154 A, relacionados con el medio empleado, los sujetos del delito y la finalidad de la conducta. En concreto, estaremos ante un tipo agravado cuando se empleen amenazas, la conducta se realice sobre sujetos especialmente vulnerables por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o sobre mujeres embarazadas o funcionarios, cuando estos últimos sean sujetos activos del delito que lo lleven a cabo con abuso de autoridad, con la intención de preparar, facilitar, ejecutar o encubrir otro delito o facilitar una huida o asegurar la impunidad de un delito.

2. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido realizar un estudio doctrinal sobre la figura y tratamiento penal del delito de acoso de acecho, por lo que a continuación procedemos a exponer las conclusiones alcanzadas.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el acoso de acecho o predatorio, en concreto, en el artículo 172 ter del Código Penal. Antes de la reforma operada por esta Ley, el delito de acoso de acecho o predatorio no estaba tipificado como tal en nuestro ordenamiento, sin embargo, las conductas constitutivas de acoso merecedoras de relevancia penal, eran reconducidas a otros tipos penales, como son las coacciones, amenazas, vejaciones, quebrantamiento de condena o medida cautelar, etc. No obstante, en ocasiones el juzgador se encontraba con el problema de que la conducta objeto de enjuiciamiento no tenía cabida en ninguno de ellos, puesto que no llegaba a cumplirse con todos los elementos del tipo, por lo que conductas que eran merecedoras de reproche penal, quedaban impunes.

Por ello, considero que era necesaria la tipificación expresa del delito de acoso de acecho en nuestro ordenamiento, si bien entiendo que hubiera sido conveniente hacer una referencia en el mismo a la modalidad de cyberacoso, para evitar posibles problemas interpretativos.

En cuanto al bien jurídico protegido, la doctrina mayoritaria considera como tal la libertad de obrar, teniendo en cuenta su ubicación que ostenta en el Código Penal, así como la seguridad del sujeto pasivo, entendiéndolo esta como el derecho a la tranquilidad o sosiego, necesarios para decidir y obrar de manera libre. No obstante, existen autores que consideran la integridad moral como el bien jurídico protegido por el delito de acoso.

En este sentido, compartimos la opinión de la doctrina mayoritaria, entendiéndolo que el bien jurídico protegido por el tipo es la libertad de obrar y la seguridad del sujeto pasivo, si bien también es posible que, junto a ellos, se produzca la lesión de otro bien jurídico como la integridad física o moral.

Uno de los elementos esenciales del delito de acoso de acecho es la insistencia y reiteración de la conducta. En este sentido, consideramos que no es posible llevar a cabo al mismo tiempo una conducta insistente y reiterada, a no ser que entendamos inmersa la reiteración en la insistencia. Por ello, consideramos que es esta última forma de realización de la conducta acosadora la que habría de entender como elemento esencial, eliminando la referencia realizada a la reiteración.

Además, la Ley no establece el número de veces que debe llevarse a cabo la conducta para entenderla realizada de forma insistente y reiterada. Es por ello que consideramos que el legislador ha querido dejar margen al juzgador para estar al caso concreto, ya que las conductas enumeradas en el precepto poseen diferentes particularidades.

Con todo, entendemos como insistente y reiterada la actuación del sujeto activo que abarque diferentes conductas de las enumeradas en el precepto, es decir, no tiene por qué ser objeto de repetición la misma conducta.

La expresión “sin estar legítimamente autorizado” incluida en el precepto, ha sido objeto de numerosas críticas y disparidad de opiniones, ya que hay autores que la consideran como una causa de justificación y otros que la consideran elemento del tipo.

En nuestra opinión, se trata de una causa de justificación ya que existen conductas que aunque puedan ser consideradas como acosadoras están justificadas puesto que se están realizando en el ejercicio de una profesión, como por ejemplo las investigaciones criminales, conductas llevadas a cabo por periodistas, detectives, etc. No obstante, entendemos que deberán realizarse de manera diligente, es decir, no por el simple hecho de estar llevando a cabo su profesión tienen “derecho a todo”.

La alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo ha sido configurada como el resultado típico de este delito.

Consideramos que no es correcta la referencia a este resultado ya que el tipo penal debe ir dirigido a incriminar un patrón de conducta, y no dejar la tipicidad del delito en manos del sujeto pasivo, es decir, según su umbral de resistencia. Entendemos que esta cláusula debería ser sustituida por otra que permita la consumación del delito por el mero hecho de llevar a cabo unas conductas que sean adecuadas para producir la alteración grave de la vida cotidiana del sujeto pasivo, aunque esta no llegara a producirse por circunstancias ajenas al sujeto activo.

Atendiendo a la cláusula concursal prevista en el art.172.3 ter CP, entendemos que al ser el acoso un delito pluriofensivo en el que pueden verse afectados, además de la libertad de obrar del sujeto pasivo, otros bienes jurídicos, aquél debería absorber los delitos de coacciones, amenazas o daños que tuvieran lugar en el seno de la conducta acosadora, siempre y cuando no posean especial entidad.

Por último, en relación a la penalidad del delito de acoso, en los tipos agravados, nos sorprende que en el tipo agravado relativo a las personas especialmente vulnerables no se prevea una pena alternativa. Entendemos que el precepto debería prever, como alternativa, la pena de multa, ya que su imposición no resultaría perjudicial para el sujeto pasivo, o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que consideramos que la conducta realizada sobre los sujetos pasivos del art.173.2 CP suponen un mayor desvalor que la realizada sobre personas especialmente vulnerables y, sin embargo, en esta última la sanción penal es más gravosa.

3. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ALAMO, M. 2014. Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos. Valladolid: Universidad de Valladolid.

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

BAUCELLS LLADÓS, J., 2014. “La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto de Código Penal”. En: Revista General de Derecho Penal, nº21.

BOLEA BARDÓN, C. 2000. Autoría mediata en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch.

DE HOYOS SANCHO, M. 2013. “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos aprobados en la Unión Europea”. En: DE HOYOS SANCHO, M. (directora), Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea”. Valencia: Tirant lo Blanch.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M. 2004. “Derecho Penal y acoso en el ámbito laboral”. En: DE LA CUESTA AGUADO, P.M. / PEREZ DEL RIO, T. (coordinadoras), Violencia de género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales. Sevilla: Mergablu.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. / PEREZ MACHIO, A.I. 2005. “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal”. En Revista Penal, nº15.

DEL REY GUANTER, S. 1993. Acoso sexual y relación laboral. En: Relaciones Laborales, nº 3 y 4.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R. 1989. La ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros.

FIANDACA, G. / MUSCO, E. 2010. “El delito de stalking en el Código Penal italiano”, trad. MENDOZA CALDERON, S. 2010. Revista General de Derecho Penal, nº13.

GALDEANO SANTAMARIA, A. 2013. “Acoso-stalking: artículo 173 ter”. En: ALVAREZ GARCIA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador). Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA GONZÁLEZ, J. 2010. Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet, Valencia: Tirant lo Blanch.

GREGSON, CHRISTINE, B. 1998. “California’s Antistalking Statute: The pivotal role of intent”, En: Golden Gate University Law Review, vol. 28, nº2.

GUTIERREZ CASTAÑEDA, A. 2013. “Acoso-stalking artículo 173 ter”. En ALVAREZ GARCIA, F.J (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Valencia: Tirant lo Blanch.

JORGE CORDOBA, F. 2012. La evitabilidad del error de prohibición, Madrid: Marcial Pons.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.L. 2010. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Navarra: Thomson.

MARTIN NAJERA, P., 2016. “El nuevo delito de stalking del artículo 172 ter código penal”. En: Revista del Ministerio Fiscal nº1, pág.24.

MATALLIN EVANGELIO, A. 2015. “Delito de acoso (artículo 172 ter CP)”. En GONZALEZ CUSSAC, J.L (director), MATALLIN EVANGELIO, A./GORRIZ ROYO, E., (coordinadoras), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 1995, Valencia: Tirant lo Blanch.

MAUGERI, A.M. 2016. “El stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación”. En: Revista Penal, nº38.

MELOY/GOTHARD. 1995. “A demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders”, American Journal of Psychiatry, 152.

MENDOZA CALDERON, S. 2015. “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./GALAN MUÑOZ, A., (coordinadores), Análisis de las Reformas Penales, Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, F. 2015. Derecho Penal Parte Especial. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

PATHÉ/MULLEN. 1997, “The impact of stalkers on their victims”, British Journal of Psychiatry, 174.

ROXIN, C. 2000. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 7ª ed., Madrid: Marcial Pons.

- TAPIA BALLESTEROS, P. 2016. El nuevo delito de acoso o stalking. Barcelona: Bosch.
- TORÍO LÓPEZ, A. 1977. “La estructura típica del delito de coacción”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- URRUELA MORA, A. 2004. Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. Granada y Bilbao: Comares.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2014. “El nuevo delito de stalking/acoso”. En: Iuris, nº10, quincena 16-30 de marzo.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2013. “Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter”. En: ALVAREZ GARCIA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (coordinador), Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2009. Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso. Madrid: Iustel.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2009. “La introducción del delito de “atti persecutori” en el Código Penal Italiano”. En: Revista para el análisis del derecho, nº3. La tipificación del stalking en Italia Barcelona: Indred.
- WESTRUP. 1998. “The Psychology of Stalking”. En: en MELOY (ed.), Clinical and Forensic Perspectives.
- WESTRUP/FREMOUW. 1998. Stalking behavior: a literature review and suggested functional analytic assessment technology, Aggression and Violent Behavior, 3.

Recursos electrónicos:

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2011. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 16/11/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=LIHNGby>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2011. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 16/11/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=LmmjXUS>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2011. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 16/11/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=VnNxeTF>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2011. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 26/10/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=0ZpEHg5>

THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME. 2007. The Model Stalking Code Revisited: Responding to the New Realities of Stalking. Acceso en: <http://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12>

4. Fuentes jurídicas utilizadas

A) Legislación nacional

España. Exposición de motivos, apartado XI, de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de junio de 2010, núm.152

España. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de marzo de 2007, núm.71.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm.281

España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, núm. 255.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012.

B) Jurisprudencia

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Auto de inadmisión núm. 2675/2001, de 30 de enero de 2003.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 77/2010, de 19 de octubre.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 59/2008, de 14 de mayo.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 2/2003, de 16 de enero;

España. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª). Sentencia núm. 87/2016, de 4 de marzo.

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª). Sentencia núm. 183/2016, de 2 de marzo

España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27). Sentencia núm. 738/2015, de 10 de diciembre.

España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª). Sentencia núm. 680/2009, de 29 de junio.

España. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª). Sentencia núm. 328/2009, de 8 de junio.

España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección Tercera). Sentencia núm. 32/2005, de 9 de marzo.

España. Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª). Sentencia núm. 81/2000, de 10 de abril.

España. Juzgado de Instrucción nº3 de Tudela. Sentencia núm.260/2016, de 23 de marzo de 2016

España. Juzgado de lo Penal nº4 de Bilbao. Sentencia de 22 de enero de 2009.

España. Juzgado de lo Penal nº3 de Pamplona. Sentencia núm. 47/2004, de 21 de junio.