



UNIVERSIDAD DE OVIEDO
Facultad de Derecho
MÁSTER ACCESO A LA ABOGACIA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

STALKING

El nuevo delito de acoso u hostigamiento

Realizado por: Jorge Muñiz Sánchez

RESUMEN

El presente trabajo profundiza en la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la cual, introduce un inédito artículo 172 *ter*, este artículo tipifica un nuevo delito de acoso, acecho u hostigamiento, conocido por su anglicismo *stalking*. El objetivo de este TFM es el estudio de la tipificación de dichos comportamientos, intentando dar luz a los aspectos más debatidos por la doctrina, a través de un análisis pormenorizado de todos los elementos del tipo delictivo, además este trabajo procurará aproximarse a la comisión de este delito a través de medios cibernéticos, el conocido como *cyberstalking*. La metodología del trabajo será la comparación de la exegesis del propio texto del código penal y las aportaciones de jurisprudencia y doctrina, con un caso real aún sin resolver, ofreciendo así más perspectiva que la simple definición del tipo.

ABSTRACT

The present paper delves into the reform of the CP operated by the LO 1/2015, of March 30th, this reform, introduces an unpublished article 172 *ter*, this article typifies a new crime of stalking or harassment. The objective of this paper is the study of the typification of these behaviors, trying to shed light on the aspects most debated by the doctrine, through a detailed analysis of all the elements of the criminal type, in addition this paper will try to approach the commission of this crime through cybernetic means, known as *cyberstalking*. The methodology of the paper will be the comparison of the elements of the crime and the contributions of jurisprudence and doctrine, with a real case still unresolved, thus offering more perspective than the simple definition of the type.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CP	Código penal
GC	Guardia Civil
LECr	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO 1/2015	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
JPIEI	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
RAE	Real Academia de la Lengua Española
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TBC	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TFM	Trabajo Fin de Máster

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CONCEPTO DE STALKING.....	7
III. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA PREVIO A LA TIPIFICACIÓN.....	9
IV. EXPOSICIÓN CASO PRÁCTICO.....	13
V. EL STALKING EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	16
1. TIPIFICACIÓN.....	16
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	17
3. TIPO OBJETIVO.....	20
3.1. SUJETOS.....	20
3.2. CONDUCTA TÍPICA.....	20
3.2.1. ELEMENTOS COMUNES.....	21
3.2.2. MODALIDADES.....	23
4. TIPO SUBJETIVO.....	25
5. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.....	26
6. CONSUMACIÓN.....	26
7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	27
8. CLÁUSULA CONCURSAL.....	27
9. TIPOS AGRAVADOS.....	28
10. CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD.....	28
11. PENALIDAD.....	29
VI. CYBERSTALKING.....	30
VII. CONCLUSIONES.....	32
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	35

I. INTRODUCCIÓN.

En 1976 se estrena la película “*Taxi driver*”, dirigida por Martin Scorsese y escrita por Paul Schrader. La película ambientada en el Nueva York de los años 70 se centra en la vida de Travis Bickle, interpretado por Robert de Niro. Travis es un excombatiente de la guerra de Vietnam, solitario y deprimido. Al padecer de insomnio crónico comienza a trabajar como taxista, conduciendo pasajeros cada noche por los suburbios. Travis se enamora de Betsy, interpretada por Cybill Shepherd, una voluntaria en la campaña presidencial del ficticio senador Charles Palantine. Después de ver a Betsy charlar con otro voluntario, Travis se enrola en la campaña del senador, tan solo con el pretexto de hablar con ella y consigue llevarla a tomar un café. Más adelante, en una segunda cita, la lleva a ver una película sexual educativa sueca, Betsy se ofende, sale del cine y se va. Travis intenta arreglar la situación enviándole flores que serán rechazadas y llamándole en varias ocasiones por teléfono, siendo rechazado consecutivamente, entre tanto, la sigue con su taxi y la observa desde la distancia. En un intento de acaparar la atención de Betsy, Travis planea disparar al senador durante un acto público, intento de asesinato que se ve frustrado por los servicios de seguridad del senador.

El 30 de marzo de 1981, Ronald Reagan, que había sido nombrado presidente pocos meses atrás, pronunció un discurso en el Washington Hilton Hotel. Cuando Reagan salía del hotel en dirección a su coche, John Hinckley emergió de entre la multitud para disparar su revólver en seis ocasiones, antes de que los agentes del Servicio Secreto se abalanzaran sobre él.

John Hinckley confeso que tras ver la película “*Taxi driver*” 15 veces seguidas se enamoró de Jodie Foster, actriz que también trabaja en la película. Esta obsesión por Foster le llevo a acosarla por todo el país, enviándole numerosas cartas, llamándola a horas intempestivas e incluso llegando a matricularse en la universidad de Yale en 1980, donde estudiaba en aquel momento la joven actriz. Foster llegó a elevar el asunto al Departamento de Policía de Yale, que poco pudo hacer ante un comportamiento que en ese momento no se contemplaba como delito. A la vista de los pocos avances en lo que Hinckley consideraba una forma de enamorar a Foster, decidió, quizás rememorando el plan de Travis en «*Taxi Driver*», asesinar en un primer momento al presidente Jimmy Carter, aunque no tuvo tiempo de desarrollar el plan ante su breve estancia en la Casa Blanca y más tarde a Ronald Reagan como forma de atraer el interés de Foster.

Este comportamiento de acoso persecutorio, de acecho continuo y predatorio, que Travis ejercía sobre Betsy en la película y Hinckley ejerció sobre Foster, es denominado en la actualidad *stalking*.

Parece claro como afirma VILLACAMPA, que la necesidad de incriminar estas conductas no se genera con un solo acontecimiento. De acuerdo con esta autora, los medios de comunicación estadounidenses, desde los años ochenta contribuyeron significativamente a la construcción social del problema, vinculándolo al comienzo del “fenómeno fan” y a partir de los noventa con la violencia de genero. Fue la presión de las organizaciones de mujeres maltratadas y demás organizaciones pro-derechos de las víctimas, junto con la ausencia de oposición, la que determino su criminalización¹. Pero,

¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso”, Editorial Iustel, Madrid, 2009, pág. 57.

aunque estos hechos que se narran en la película y los hechos que la cinta desencadenó en la vida real, no hayan sido motivo para la inclusión de este delito, deben ser considerados como algo más que un ejemplo clarificador sobre este tipo de comportamientos, así como el apuñalamiento de la actriz Theresa Saldana y el asesinato de la también actriz Rebecca Scheaffer, en ambos casos los acosadores eran fans obsesionados que llevaban tiempo acosando a las actrices.

La incriminación de esta conducta por lo tanto, comenzó en Estados Unidos en la década de los noventa, el Estado de California fue el primero que introdujo en su Código Penal el delito de *stalking*, concretamente el 1 de enero de 1991 se incorporó al *California Penal Code* el apartado 646.9, donde se describe como delito el comportamiento consistente en la persecución reiterada, voluntaria y maliciosa o el acoso malicioso a una persona capaz de imbuir a la víctima temor racional acerca de su seguridad o la de un miembro de su familia. La punición de este tipo de comportamientos llegó a Europa a través de los países de la *common law*, la aprobación de la *protection from harassment act* de 1997 en el Reino Unido, supuso la entrada de este delito en el viejo continente.

Este trabajo tratará de acercar la tipificación de este delito en España, definiendo todos los elementos del tipo, apoyándose en la doctrina y la aún escasa jurisprudencia. Para hacer el trabajo más comprensible se compararán los elementos del delito con un caso real en el que comencé a trabajar durante mi periodo de prácticas profesionales, que fue el que inspiró esta empresa en primera instancia, debido a su modernidad en el sentido de la reciente tipificación en España y la transcendencia entre adultos-jóvenes de este tipo de comportamientos a través de la red o *cyberstalking*, el cual lleva aparejada una complejidad probatoria que lo hace un comportamiento más sutil e interesante. Pero antes de narrar los hechos del caso y el estudio de la tipificación en el CP, es tarea necesaria definir el *stalking*.

II. CONCEPTO DE STALIKING.

El anglicismo *stalking* proviene del verbo *to stalk*, que significa, seguir sigilosamente o acechar. Se trata de un término muy relacionado con la caza, vínculo que no es ajeno a las definiciones dadas por la doctrina sobre el mismo, ni a la propia tipificación del CP, pues se puede identificar al acosador con el cazador y a víctima con la presa.

Existen múltiples definiciones del *stalking*, VILLACAMPA nos muestra tres de las conceptualizaciones más apreciadas entre la doctrina internacional. La primera es la dada por MELOY Y GOTHARD que definen el *stalking* como “patrón de amenaza o acoso anormal de larga duración dirigida específicamente a un individuo”, PATHE Y MULLEN lo caracterizan como “una constelación de comportamientos que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones”, por su parte WERSTUP propone definirlo como “un comportamiento o una constelación de ellos que, a) se dirigen repetitivamente contra un individuo concreto (el objetivo), b) son experimentados por este como intrusivos y no deseados, c) se considera que pueden causar miedo o preocupación a la víctima.”. La autora, tras un estudio de estas definiciones, desgrana el concepto en tres elementos esenciales: 1. Patrón de conducta insidioso y disruptivo en cuanto que no debe contar con anuencia de la víctima, 2. Carácter no deseado de la conducta por parte de la víctima y 3. Que el comportamiento genere algún tipo de repercusión².

Por su parte DE LA CUESTA ARZAMENDI/MAYORDOMO RODRIGO han integrado a las definiciones ya dadas, un elemento cuyo fin es paliar la subjetividad del miedo o desasosiego: que de ese miedo se desprenda un riesgo objetivo de que de manera inminente suceda algo malo o desagradable para la persona acosada o para seres próximos o queridos³. En este mismo sentido, en cuanto a la objetivación de la repercusión de la conducta, VILLACAMPA aboga por definir el *stalking* como “un curso de conducta reiterado, insidioso y persistente, no querido por la víctima y que es capaz de causar en una persona media colocada en la situación del destinatario miedo o inquietud”⁴.

Nuestro TS lo define como “obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como la única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento”⁵. Se trata de una definición que nada difiere de la redacción penal del tipo, cosa lógica, ya que la capacidad interpretativa del derecho del TS no puede confundirse con confrontarse a la transcripción del CP. Lo que hace el TS es entender que el hecho de condicionar la vida cotidiana de la víctima es resultado del miedo o desasosiego que provoca la conducta acosadora.

La postura de la doctrina en cuanto a la definición del comportamiento parece claro en todo -conducta insistente y reiterada no querida por la víctima- excepto en cómo le repercute a la víctima la acción, unos autores optan por miedo o desasosiego y otros por irrupción en la vida privada de la víctima. En este sentido tenemos por lo tanto dos variantes, una subjetiva que son los sentimientos de miedo, temor o desasosiego y otra objetiva que

² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro”, ReCrim, 2010, pág. 38 y ss.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS / MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA, “Acoso y derecho penal”, Eguzkilore nº25, diciembre 2011, págs. 22 y 23.

⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Stalking y derecho penal...pág. 57.

⁵ TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 324/2017 de 8 de mayo de 2017.

sería condicionar las costumbres y hábitos del sujeto pasivo. A ojos del que suscribe parece lógico aceptar la postura de nuestro TS, es decir, que el comportamiento de acoso persecutorio cause miedo a la víctima y para evitar dicho temor cambie sus hábitos de vida, o lo que es lo mismo, la variante objetiva es consecuencia de la subjetiva. Objetividad que es necesaria a la hora de incriminar comportamientos, pues no se nos debe olvidar que uno de los principios fundamentales de la tipificación penal es la seguridad jurídica. El miedo por lo tanto es relativo, cada uno lo siente de una forma y con una intensidad diferente, en el influyen muchos factores tanto materiales del acosador y de la víctima (edad, sexo, altura, peso, condición física, antecedentes del acosador) como espirituales y psicológicos de ambos, por ejemplo si el acoso es postal, telefónico o cibernético influirá el lenguaje que utilice el sujeto activo, o incluso de las condiciones temporales o lumínicas en el exterior si nos sigue una persona constantemente. Sin embargo, el hecho de que la víctima cambie su ruta para ir al trabajo a consecuencia de el seguimiento persistente del sujeto activo o cambien de nombre sus redes sociales o las cierre, es un comportamiento objetivo que denota una sensación de desasosiego y que dota de mas antijuridicidad a la acción del acosador, ya que, además, los comportamientos que dan lugar a la incriminación de este delito son acciones que individualmente contempladas, pueden estar socialmente aceptadas.

La definición que se propone englobaría las ya dadas por la doctrina e intentado conjugar el plano subjetivo y objetivo del efecto que tiene la conducta sobre la víctima, que no es otra que la ya dada por nuestro TS y anteriormente citada, añadiendo la reiteración, condición necesaria para la incriminación de la conducta, ya que como veremos más adelante, resulta inherente al acoso la creación de un patrón de conducta, por lo tanto la definición sería: “conducta insistente e intencionada de persecución obsesiva respecto de una persona, alterando gravemente su vida cotidiana como única forma de paliar el miedo o desasosiego provocado por dicho comportamiento acosador”.

III. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA PREVIO A LA TIPIFICACIÓN.

Como hemos visto, los comportamientos de acoso no son nuevos, de hecho, antes de la tipificación de delito de *stalking* en España, los Jueces y Tribunales de nuestro país ya castigaban este tipo de conductas o al menos lo intentaban, aplicando delitos como las coacciones o las amenazas, siempre que las exigencias del tipo de esos delitos se lo permitieran.

1. Aplicabilidad del delito de amenazas.

La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia n.º 203/2001 de 3 de mayo, confirmó la sentencia de instancia, que condenaba a un sujeto por un delito continuado de amenazas en un supuesto en que, “ha quedado acreditada la situación de miedo, más bien de pavor, que sentía la víctima, tal y como ya se ha indicado anteriormente. Si el acusado ha estado realizando múltiples llamadas a la víctima, hasta diez o doce veces diarias amenazándola, ha acudido a su domicilio y ha golpeado la puerta, la ha amenazado en su lugar de trabajo, la ha amenazado por medio del portero automático de su vivienda y ha amenazado de forma directa a la víctima y a su hija, y la víctima tenía que ir acompañada a su trabajo, sólo cabe concluir la existencia de una situación de temor extremo. El acusado llevó a cabo una actuación tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, creando una situación de dominio y de poder sobre su exmujer y su hija”.

Esta sentencia describe un comportamiento intrusivo en la vida de la víctima, no querido por esta, repetitivo, que le causa miedo y consecuentemente altera gravemente la vida cotidiana de esta. Una conducta, la de esta sentencia, que lesiona la libertad de obrar y la seguridad del sujeto pasivo, que como veremos son los elementos protegidos por el artículo 172 *ter* CP, y es que el delito de amenazas comparte con el *stalking* la protección de dichos bienes jurídicos.

A pesar de estos puntos de conexión entre las amenazas y el nuevo delito de acoso, la jurisprudencia exige, como no puede ser de otra manera, para incriminar unas amenazas, el anuncio del mal y que ésta se realice de un modo objetivamente idóneo para crear una sensación de inseguridad en la víctima. El *stalking* puede tener carácter intimidatorio, pero éste difícilmente se concretará en expresión alguna de un mal determinado, ya que como advierte VILLACAMPA la finalidad del acosador no es intimidar a la víctima, sino entablar una relación con ella⁶, la intimidación en el delito de *stalking* estará, por lo tanto, constituida por el propio acecho a la víctima. De acuerdo con la citada autora, supuestos en los que la conducta del acosador sea agobiante y coartadora de la libertad de la víctima, pero no intimidatorias, quedan fuera del delito de amenazas⁷.

⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La respuesta jurídico-penal...Citado, pág. 42.

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Stalking y derecho penal...Citado, pág. 230.

2. Aplicabilidad del delito de coacciones.

La Audiencia Provincial de León, en la Sentencia n.º 31/2007 de 20 marzo ratifica la condena de instancia que contemplaba como autor de un delito de coacciones al exmarido de la víctima, por una conducta consistente en una pluralidad de acciones (seguimientos, notas, vigilancias, etc...), reiteradas durante varios años, que constituyen en su conjunto un hostigamiento, intimación o persecución (un verdadero "acoso" en término de la sentencia de instancia) tendentes a obligar a su exmujer a reanudar una relación no deseada. No se trata de algunos actos aislados, sino que se describe una "actitud" persistente ejecutada por el apelante durante largo tiempo y de forma continuada, por lo que se estimó por el Juzgador constitutiva de un delito de coacciones, ya que el sujeto pasivo había visto coartada su libertad y quebrado el derecho a la tranquilidad y sosiego.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, en la Sentencia 89/2015 de 17 de septiembre ratifica la condena de instancia que contemplaba como autora de una falta de coacciones a la exmujer del denunciante. La relación fáctica de la sentencia de instancia decía lo siguiente: "Queda probado y así se acredita que la denunciada, ha reflejado en su estado de whatsapp los siguientes mensajes relativos a su expareja, residente en la actualidad en Zaragoza, junto con las imágenes ilustrativas que a continuación se describen:

1º.- Estado de whatsapp de fecha 2 de octubre de 2013: "De visita en al AGM (Academia General Militar)" junto con una fotografía de la entrada de dicho centro. El 2 de octubre de 2013 se encontraba en el interior de la Academia General Militar el denunciante y exmarido de la denunciada, Carlos Daniel.

2º.- Estado de whatsapp de fecha 15 de octubre de 2013: "En la calle Alfonso en buena compañía" junto con una fotografía del establecimiento "Flaherty". El 15 de octubre de 2013 se encontraba en el interior del citado establecimiento, el denunciante y exmarido de la denunciada, Carlos Daniel junto con unos amigos.

3º.- Estado de whatsapp de fecha 30 de noviembre de 2013: "Jodo con las distancias en Jaca". El 30 de noviembre de 2013, el denunciante y exmarido de la denunciada, Carlos Daniel, se encontraba en Jaca junto con su actual pareja.

4º.- Estado de whatsapp de 29 de marzo de 2014: "Grancasa pequeña Zaragoza" junto con la fotografía de la entrada del centro comercial y el vehículo del denunciante y exmarido de la denunciada, Carlos Daniel. El 29 de marzo de 2014, el denunciante y exmarido de la denunciada acompañó a su hijo y a su pareja actual a los cines situados en Grancasa y fue a recogerlos un par de horas después.

5º.- Estado de whatsapp de 25 de enero de 2015: "Vas a Valdefierro tirando hacia Miralbueno". El 25 de enero de 2015 el denunciante y exmarido de la denunciada, Carlos Daniel había acudió a casa de un familiar que reside en Miralbueno atravesando para ello el barrio de Valdefierro."

La defensa de los intereses de la parte recurrente afirmó que era el denunciante quien estaba controlando los estados de whatsapp de la recurrente y que los mismos no son mensajes ni comunicaciones dirigidas a alguien y que los hechos acotados en el "factum" no integran el tipo penal de las coacciones con base en la argumentación anterior, esto es, al ser el propio denunciante quien investigaba los estados de whatsapp. A lo que la Audiencia

contesto: “En efecto, el llamado estado de whatsapp, es simplemente eso, el contenido del mismo en un determinado momento y al que tienen acceso las personas que en aquel grupo participan. Por lo tanto, los argumentos de la recurrente intentando explicar algo tan banal como lo es que no se trata de mensajes o correos, carecen de toda consistencia, pues al tener acceso a su contenido todas las personas integrantes del grupo y que se supone que acceden al mismo con frecuencia (de lo contrario carecería de sentido la formación de tales grupos o sus miembros se borrarían del mismo) es obvio que quien inserta un nuevo comentario, noticia, vídeo, foto o cualquier otro material lo hace para que los demás miembros tengan acceso al mismo. Ello es lo que parece suceder en el caso presente, pues, aunque el denunciante se había borrado del grupo, su novia o actual compañera sentimental seguía en el mismo, hecho conocido por la recurrente quien a través de esta última transmitía los mensajes o comentarios inquietantes a su expareja sentimental. Las explicaciones dadas por la recurrente en el acto de la vista en el sentido de que se trataba de "casualidades" son del todo inverosímiles e increíbles y ello ante la evidencia de que a través de los estados de whatsapp se estaban transmitiendo situaciones a tiempo real, y no en una sino en cuatro concretas ocasiones tal y como de los hechos probados se desprende [...] Se discute por la recurrente algo tan evidente como que el deliberado seguimiento de otra persona comunicado a la misma y creando en aquella una sensación de malestar e inseguridad al verse perseguido, observado u acosado, no revista un contenido coercitivo, cuanto menos leve, cual sucede con la falta.”.

Estas dos sentencias son ilustrativas de la forma de actuar de los Jueces y Tribunales a la hora de incriminar como coacciones conductas ahora subsumibles en el delito de *stalking*, tanto delito como falta, ya que la misma reforma del CP que incluyó el artículo 172 *ter* CP fue la que eliminó las faltas, la LO 1/2015.

El delito de coacciones, como antes el de amenazas, comparte bien jurídico protegido con el delito previsto en el artículo 172 *ter* CP, la libertad de obrar y por eso se encuentran en el mismo capítulo del CP. Pero el bien jurídico protegido por las coacciones tiene un matiz, debemos entender esa libertad, como el derecho de cualquier persona a ejecutar externamente las decisiones previamente tomadas, mientras que la libertad de obrar protegida en el delito de *stalking*, como veremos, tiene otros matices, ya que afecta al proceso de formación de la voluntad, haciendo que decisiones ya tomadas y previamente ejecutadas, cambien. Por lo tanto, el bien jurídico protegido por ambos delitos si bien es el mismo, se lesiona en momentos diferentes.

Como es sabido, el delito de coacciones requiere de violencia en su comisión, y es ahí donde la aplicación de este delito a los comportamientos de *stalking* encuentra mayores problemas. En su origen se entendía violencia como el uso de fuerza física sobre el cuerpo de otra persona, la jurisprudencia ha ido “espiritualizando” el concepto de forma que en la actualidad incluye también la violencia psíquica, la intimidación y el uso de la fuerza en las cosas. Esta interpretación tan laxa del concepto de violencia ha permitido la aplicación del delito de coacciones a supuestos de atentados contra la libertad de obrar que no encontraban encaje en otros tipos penales, como por ejemplo comportamientos de *stalking*. Pero como contrapartida, del estudio del delito de coacciones, nos encontramos con que estas requieren dolo para que sean penalmente relevantes. Teniendo en cuenta este requisito de tipicidad subjetiva, la aplicación de este delito a supuestos de *stalking* quedaría muy reducido, puesto que la voluntad del acosador suele ser la comunicación o la de contactar con la víctima, no la restricción de su libertad.

3. Aplicabilidad de otros delitos.

La jurisprudencia en su búsqueda de un tipo delictivo que les permitiera incriminar estas conductas ha intentado encajar conductas típicas de *stalking* en delitos como el de trato degradante⁸. La doctrina se ha preguntado si en los casos en los que hubiere relación personal entre sujetos activo y pasivo, cabría aplicar el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar⁹. Pero dichas incriminaciones e intentos son escasas y minoritarias, por lo que me limito a citarlas.

⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla n.º 150/2014 de 4 de marzo.

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La respuesta jurídico-penal...Citado, pág. 22.

IV. EXPOSICIÓN CASO PRÁCTICO.

Como ya se ha puesto de manifiesto en líneas precedentes, la intención de este trabajo es el análisis comparativo entre los elementos del delito y un caso real. Para salvaguardar la identidad de las personas afectadas por este caso, sus nombres, sus trabajos, sus edades, los lugares donde se desarrolla la acción y todo lo que pueda comprometerles será sustituido por nombres, edades y lugares ficticios.

Tuve conocimiento de este asunto, que a continuación se expone, durante mi periodo de practicas profesionales y viene a dar cumplimiento a la exigencia del método de trabajo escogido para la realización de este TFM, es decir, la obligación de realizar un análisis crítico sobre el trabajo desarrollado durante las prácticas profesionales.

El 15 de mayo de 2018, pasaron consulta en el despacho dos adultos de alrededor de 30 años, llamados Sempronio y Eduviges. Acudían al despacho tras haber recibido una notificación del juzgado para que se ratificaran en las denuncias que habían formulado el 6 de marzo en el cuartel de la Guardia Civil. Ambas denuncias eran idénticas, por lo que solo estudiaremos una de ellas, que decía lo siguiente:

PREGUNTADO para que diga cómo han podido desarrollarse los hechos DECLARA:

Que denuncia a su expareja, con la cual no mantiene ningún tipo de relación desde agosto de 2017.

Que además de su pareja, era su jefa en un negocio de ventas en el sector de la energía, es decir, el diciente trabajaba como comercial para ella.

Que, como consecuencia de su ruptura, se dio de baja de su puesto de trabajo, para poder rehacer su vida lejos de su expareja.

Que en este momento comienza un acoso telemático al denunciante, constantes llamadas, e-mails y mensajes de WhatsApp a cualquier hora del día pidiendo su vuelta, y etiquetas en publicaciones románticas de Facebook. En total en el periodo que comprende el 8 de agosto al 3 de septiembre de 2017, el denunciante contabiliza un total de 97 llamadas, 23 e-mails, es etiquetado en un total de 32 publicaciones y recibe 254 mensajes de WhatsApp por parte de su expareja.

El 23 de agosto el diciente advierte a su expareja de que, en el caso de persistir ese acoso, denunciaría los hechos a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, pese a lo cual siguió insistiendo en sus llamadas y mensajes en diversas plataformas, a cualquier hora del día, incluso a altas horas de la madrugada, perturbando su vida cotidiana. Ante esta situación el diciente bloquea el número de teléfono de la denunciada en su terminal móvil.

El 4 de septiembre de 2017, el denunciante sube a su cuenta personal de Facebook una foto en actitud cariñosa con su nueva pareja. Desde ese momento los mensajes pidiendo su vuelta cesan, pero entonces comienzan a aparecer comentarios negativos y despectivos en la página oficial de Facebook del negocio de su actual pareja, un negocio local de lencería femenina, estos comentarios desalentando a otros usuarios a comprar en dicha tienda, le causan a su actual pareja un gran perjuicio económico.

Que la denunciante sospecha que esos perfiles son manejados por la denunciada, ya que utiliza fotos de perfil de personajes famosos a los que ella tiene en alta estima. Estos comentarios y perfiles son: Ana Galindo Trevi, Paca Piñón, Raimunda Ramas y Ester Stilton. Los comentarios son denunciados ante Facebook por inapropiados y los perfiles bloqueados desde todas las cuentas personales del diciente y su pareja.

El 23 de septiembre aparece en la tienda de su actual pareja, una pintada donde se puede leer "FUCK".

El 10 de octubre de 2017 aparece el portón del garaje de la casa del denunciante, empapelado con 124 fotos de este sin camiseta frente al espejo, de tamaño DIN A-4, con el lema "o conmigo o con ninguna".

En noviembre de 2017 el diciente y su pareja comienza una aventura empresarial juntos, una tienda online de lencería femenina y masculina, y consecuentemente crean una página de Facebook, llamada "SEMPRONIO Y EDUVIGES ROPA INTERIOR". Pocas horas más tarde, dicha página de Facebook empieza a recibir malas reseñas por parte de los perfiles que el denunciante había identificado como los que utilizaba la denunciada, comentarios de mal gusto, incluso en algún comentario se dice explícitamente que D. Sempronio es un maltratador y un violador, con el perjuicio económico que esto supone.

Tras un periodo de inactividad por parte del denunciante y su pareja en las redes sociales, tratando de abstraerse del estrés que les causa la situación que están viviendo, y después dar de baja las paginas profesionales tanto de la tienda física de lencería como la online, en la navidad de 2017 aprovechando los típicos mensajes navideños, la denunciada, comienza a enviar mensajes de WhatsApp masivamente a la actual pareja del denunciante, en ellos le dice: "Feliz navidad guapa, estás viviendo con un maltratador, ¡¡¡jallá tú!!!; No volváis a hablar nada con nadie sobre esto, por que os juro que os vais a arrepentir. Ante esta situación el diciente y su pareja deciden cambiar ambos de número de teléfono.

El 13 de enero de 2018, el denunciante y su pareja deciden volver a dar de alta su pagina profesional de Facebook, esta vez a través de un perfil privado, en el que ellos controlan a quien aceptan como amigos y seguidores. A pesar de esta precaución, la denunciada encuentra una forma de poner comentarios despectivos hacia el negocio y hacia ellos, que no es otra que comentar en las publicaciones de la pagina profesional citada, compartidas por terceras personas con las que comparten amistad en dicha red social. Estos comentarios comienzan a detectarse por parte del denunciante pasado más de un mes desde la apertura de esta nueva página privada, la cual también cerraron, consecuencia del hostigamiento continuo.

El 1 de marzo dos familiares del diciente, que también trabajaban para la denunciada se dan de baja como comerciales de esta. Como represalia la denunciada presenta al día siguiente denuncia ante la Guardia Civil por supuesto delito de malos tratos en el ámbito familiar. Dicha causa ha sido archivada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer, así como la orden de protección que la ahora denunciada solicito al interponer dicha denuncia.

Esta relación de hechos tiene consecuencias para el diciente y su pareja, además de las continuas molestias en su vida diaria que estas conductas suponen, como son el cambio de números de teléfono, darse de baja en sus perfiles personales de Facebook, dar de baja sus páginas profesionales de Facebook, actos vandálicos en el negocio físico de la actual

pareja del denunciante y un trastorno adaptativo mixto ansioso del que ambos han sido diagnosticados.

Junto con la denuncia aportaron pantallazos de todos los comentarios insidiosos, que presuntamente la denunciada había postado en Facebook, se adjuntaron también el extracto de la conversación de WhatsApp entre los números 611-111-111 (denunciada) y 622-222-22 (denunciante), así como el extracto de la conversación en esa misma aplicación de mensajería entre el número 611-111-111 y el 633-333-333 (pareja del denunciante), informes médicos de D. Sempronio y Dña. Eduvigis, auto de archivo de la denuncia cursada por la denunciante contra D. Sempronio y reportajes fotográficos de la pintada en la fachada de la tienda Dña. Eduvigis y el portón del garaje de D. Sempronio el día 10 de octubre de 2017.

Por su parte la GC solicitó al juzgado expedir sendos mandamientos a las empresas Facebook y Orange, esta última es la compañía con la que los denunciante recuerdan que tenía contratados los servicios de telefonía móvil la denunciada. En estos mandamientos la GC pedía:

- A Facebook: el ID de usuario, el nombre de usuario y el correo electrónico asociado de las cuentas que el denunciante vinculo en su declaración a la denunciada.
- A Orange que enviara los registros de llamadas del número 611-111-111 desde el 8 de agosto de 2017.

V. EL STALKING EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La tipificación del *stalking* en España tiene como punto de partida Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011¹⁰, firmado y ratificado por España y en vigor desde agosto de 2014, que en su artículo 34 prescribe que, las partes de dicho convenio adoptarán 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 ésta a temer por su seguridad.

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, introduce en el libro II, título VI de los delitos contra la libertad, capítulo III de las coacciones, el artículo 172 *ter*, que contiene un nuevo delito, el de acoso, acecho u hostigamiento, que da cumplimiento al anterior mandato internacional. Este delito castiga el acoso insistente y reiterado, sin estar legítimamente autorizado, a través de una serie de conductas expresamente recogidas en el precepto, de modo que altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. La exposición de motivos de la reforma del CP de marzo de 2015 dice:

“También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos 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 por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.”

Con la incriminación de este tipo de conductas, se consigue, por lo tanto, por parte del legislador nacional, dar cumplimiento a los mandatos internacionales y rellenar un vacío jurídico existente, en cuanto a la sanción de este tipo de comportamientos. Como hemos visto, este tipo de actos venían encauzándose por la jurisprudencia en los delitos de amenazas y coacciones. Situación que no daba una respuesta satisfactoria, pues en muchas ocasiones la pluralidad de actos en que consiste el acecho no colma la acción típica de dichos delitos.

1. TIPIFICACIÓN.

El artículo 172 *ter* del CP prescribe:

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

¹⁰ «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 42946 a 42976.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Como ya se ha adelantado, el delito de *stalking* está incluido dentro de del Capítulo III dedicado a las coacciones, del Título VI del Libro Segundo del CP, en el que se regulan, los delitos contra la libertad.

La exposición de motivos de la LO 1/2015 dice, refiriéndose al *stalking*: “Se trata de todos aquellos supuestos en los que [...] se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima”.

La jurisprudencia se ha decantado por aceptar la interpretación de la exposición de motivos y su tipificación dentro del Título dedicado a los delitos contra la libertad, en concreto la Sentencia del Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción n.º 3 de Tudela, de 23 de marzo de 2016, la que fue la primera sentencia que condenó por este delito en nuestro país, señala: “El bien jurídico protegido aquí es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Las conductas de *stalking* afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo. De acuerdo con la Exposición de Motivos, se protege asimismo el bien jurídico de la seguridad. Esto es, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal. No obstante, como veremos, sólo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible. Por último, hemos de advertir que, aunque el bien jurídico

principalmente afectado por el stalking sea la libertad, también pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso [...] El precepto exige que la realización de la conducta típica altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo. Es por este motivo que se configura como un delito contra la libertad de obrar.”¹¹.

Esta sentencia nos advierte de que estamos ante un delito pluriofensivo, que lesiona la seguridad de la víctima a través de la lesión a su libertad de obrar, es decir, el mero hecho de atentar contra la libertad de obrar de la víctima, entendiendo por esta la alteración de su vida cotidiana, es un elemento esencial a la hora de incriminar el delito, pero no es lesión suficiente para penar la conducta. En este sentido, GOMEZ RIVERO se plantea si el derecho a la libertad de obrar del sujeto activo hace caer el desvalor de su conducta, ya que los actos que comprenden la conducta de *stalking* no tienen por qué ser ilegales o dañosos en si mismos, por lo que, los que causen molestia o inquietud a la persona que los sufre, pero no alcancen la intensidad suficiente, es decir, no alcancen a dañar la seguridad de la víctima, no deberían justificar la respuesta penal, ya que si no estaríamos ante la penalización de la molestia¹².

Por su parte el TS en su sentencia de pleno de 8 de mayo de 2017, también enfatiza en la afectación a la libertad como bien jurídico protegido por este delito¹³. La sala segunda del TS en su sentencia de 12 de julio de 2017, amplía su interpretación afirmando que, este delito “supone un ataque al bien jurídico de la libertad individual y al derecho de vivir tranquilo y sin zozobra”¹⁴.

La doctrina en su mayoría entiende que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar frente a determinadas conductas de otros que pretendan condicionarla o consigan doblegarla y la seguridad del sujeto pasivo, entendida esta como el derecho a la tranquilidad y el sosiego y no como la seguridad de su integridad física o moral. Si bien es cierto que hay autores como TAPIA BALLESTEROS que abogan por la integridad moral, entendida como la capacidad de las personas para decidir por y para si mismas, como bien jurídico protegido. Esta autora entiende que la lesión de la libertad es un “daño colateral” necesario para lograr la vulneración de la integridad moral, deduciendo que lo relevante es la creación por parte del sujeto activo de una situación objetivamente hostil o humillante y no los sentimientos que se produzcan en una determinada persona como consecuencia de unos actos que no siempre se describen en el tipo¹⁵.

En el caso expuesto nos encontramos que, como consecuencia de las conductas del sujeto activo, como, por ejemplo, los despectivos comentarios en Facebook, el sujeto pasivo, decide cerrar sus cuentas en la citada red social. Nos encontramos con que esta situación concreta, vulnera la libertad de obrar y la seguridad, ya que se da de baja en la red fruto de la intranquilidad que le provocan dichos comentarios, y además daña otros bienes jurídicos, en el sentido de que los propios comentarios son capaces de afectar a su

¹¹ Procedimiento, diligencias urgentes n.º 260/2016 seguido por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Tudela.

¹² GOMEZ RIVERO, M^a C.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTINEZ GONZALEZ, M^a I (Dir.) “El acoso: tratamiento penal y procesal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 34.

¹³ TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 324/2017 de 8 de mayo de 2017.

¹⁴ TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 554/2017 de 12 de julio de 2017.

¹⁵ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El nuevo delito de stalking”, Wolters Kluwer, octubre 2016, pág. 142.

integridad moral o a su honor, amén de poder incurrir con ellos en otros delitos como el de injurias y calumnias, como veremos en el apartado dedicado a los concursos. Esta elasticidad del bien jurídico protegido por este delito viene determinada por la propia exigencia del tipo, que demanda que la conducta altere gravemente la vida cotidiana de la víctima, es decir, que se vulnere su libertad de obrar, entendida como su capacidad de decisión, mientras que los diferentes actos que describe el tipo como incriminatorios de la conducta pueden llegar a vulnerar otros bienes jurídicos. Por lo tanto, debemos entender este delito como pluriofensivo -incluso más allá de la definición antes de dada, en tanto que atenta contra la libertad de obrar y la seguridad- e incluir como advierte el JPIEI N.º 3 de Tudela, el honor, la integridad moral, el patrimonio o la intimidad como bienes potencialmente protegidos por este delito. Así, por ejemplo, cuando el sujeto activo intenta agregar a través de diferentes perfiles de Facebook al sujeto pasivo, a su lista de contactos, podría estar atentando también contra su intimidad. Sin embargo, cuando el sujeto activo pinta la pared de la tienda de la pareja del sujeto pasivo, esta atentando contra su patrimonio y contra su integridad moral, además de contra su libertad de obrar y seguridad, en tanto cause una alteración y el sujeto pasivo ejercite un acto no deseado por sí mismo para que cese la conducta, fruto de su desasosiego. Debemos hacer una interpretación extensiva del bien jurídico protegido y en vez de calificar una vulneración como “daño colateral” de otra, integrarlas en un bien jurídico más amplio. Hay que tener en cuenta también, que el precepto nos cita cuatro comportamientos, a través de los cuales se puede llegar al resultado típico y que cada uno de ellos tiene unas connotaciones diferentes, y en ellos son subsumibles comportamientos de muy diversa índole y que atentan contra bienes jurídicos igual de diversos. Estos comportamientos contemplados por el tipo, que se estudiarán más a fondo en el siguiente apartado, abarcan por lo tanto diferentes situaciones, capaces de lesionar diferentes bienes jurídicos, pero contemplados individualmente pueden ser situaciones normales y cotidianas. Por lo tanto, tenemos de un lado un bien jurídico primordial, que es la libertad de obrar y la seguridad, en tanto en cuanto el comportamiento del sujeto activo tiene como contra partida la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima debido al temor que esas conductas le producen y diferentes bienes jurídicos lesionados en relación con el tipo de conducta o conductas que el sujeto activo lleva a cabo para precisamente alterar dicha cotidianidad. El primer comportamiento, vigilar, perseguir o buscar cercanía física, lesionaría la intimidad del sujeto pasivo; el segundo comportamiento, establecer o intentar establecer contacto, podría llegar a lesionar la integridad moral y el honor, en función de que depone el sujeto activo en esa comunicación o como se realice esa comunicación; el tercer comportamiento, el uso indebido de sus datos personales, podría lesionar su intimidad, su integridad moral, su patrimonio y su honor; por el último el cuarto comportamiento, es el más conciso en cuanto los bienes jurídicos que protege, la libertad y el patrimonio, y a la vez el menos concreto, como más adelante veremos, en cuanto a que conductas son subsumibles en el mismo.

Esta postura en cuanto a la pluriofensividad del delito de *stalking*, se puede integrar en el razonamiento de GOMEZ RIVERO antes expuesto, en el sentido de dotar de más desvalor a la acción del sujeto activo y no vulnerar el principio de intervención mínima del derecho penal, pero sin limitarse a la seguridad como complemento de la lesión a la libertad de obrar, si no extendiéndolo a los diferentes bienes jurídicos afectados por los diversos comportamientos que dan lugar a la incriminación de este delito. Podría ocurrir que un comportamiento del sujeto activo, como por ejemplo, difamar públicamente el negocio del sujeto pasivo, no cree en sí mismo una sensación de inseguridad lo suficientemente

reprochable, pero si pudiera llegar a humillarle, atentando contra su integridad moral, o podría atentar contra su honor, y como consecuencia de estas vulneraciones cierre la página de Facebook de su negocio, causándole también un perjuicio patrimonial.

En resumen, este delito protege la libertad de obrar y además en virtud del tipo de comportamiento y la forma de actuar del sujeto activo, es potencialmente capaz de lesionar otros bienes jurídicos, como la seguridad -que sería el más común- la intimidad, el honor, la integridad moral o el patrimonio, utilizando la lesión del bien jurídico secundario como medio para la vulneración de la libertad de obrar, es decir, lesionar la capacidad de decisión del sujeto activo, a través de la lesión de su seguridad, su integridad moral, su patrimonio, su honor o su intimidad.

3. TIPO OBJETIVO.

En este apartado se estudiarán los sujetos que intervienen en el delito y la conducta típica, tanto los elementos comunes, como las modalidades de acoso que el legislador ha incluido en el artículo 172 *ter* CP.

3.1. Sujetos.

Nos encontramos ante un delito común, es decir, puede ser cometido por cualquiera, ya que el tipo penal utiliza la expresión “el que”. De la misma forma, el legislador ha utilizado el término “persona” para referirse a quien sufre la conducta, es decir, el sujeto pasivo del delito. No se exigen por lo tanto características específicas ni en el sujeto activo ni en el sujeto pasivo, abarcando tanto hombres como mujeres y siendo la relación entre los sujetos totalmente irrelevante. Esto sin perjuicio de las modalidades agravadas en atención al sujeto pasivo, contempladas en el propio artículo 172 *ter* CP y que estudiaremos más adelante.

Merece la pena mencionar, a efectos de entender la necesidad de estudiar este delito y buscar el mayor consenso posible en cuanto a su interpretación e incriminación, que la población más victimizada por este delito son mujeres menores de 30 años, lo que hace esperar que los porcentajes de victimización, que ahora se encuentran en Europa entre un 7% y un 16 % en las mujeres y un entre un 2% y un 6 % en los hombres, suban durante los próximos años, debido a la juventud del grueso de las víctimas y a las cada vez más comunes conductas de *cyberstalking* entre jóvenes-adultos¹⁶.

3.2. Conducta típica.

El delito de acoso u hostigamiento se configura como un tipo mixto alternativo, cuya conducta típica de acosar a la víctima, se conforma por la insistencia y reiteración de diferentes posibilidades previstas expresamente en el tipo y que deben dar como resultado la producción de una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Nos

¹⁶ Para una mejor comprensión de las estadísticas de victimización y efectos sobre las víctimas, VILLACAMPA ESTIARTE, C/PUJOLS PEREZ, A.: “*Stalking: efectos en las víctimas, estrategias de afrontamiento y propuestas legislativas derivadas*”, InDret, 2/2017.

encontramos por lo tanto dentro del delito una serie de elementos comunes y diferentes alternativas de comisión.

3.2.1. Elementos comunes.

“Acosar”

Estamos ante el verbo típico, que se completará con las diferentes modalidades expresadas en el tipo, y que según la RAE significa:

1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona.
2. Apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos

En la exposición de motivos de la LO 1/2015 el legislador utiliza el término “hostigamiento”, un sinónimo de acosar, que, según la RAE, significa:

1. Molestar a alguien o burlarse de él insistentemente.

“De forma insistente y reiterada”

La exigencia de que una conducta de acoso sea insistente y reiterada, significa que el actuar aislado o la realización de una conducta casual de las que luego estudiaremos, no es penalmente relevante.

La ley no ofrece una definición de estos conceptos. La RAE define la “insistencia” como “persistencia” y “reiterada” como “repetir”. Por lo tanto, puede afirmarse como hace el STS 554/2017, ya mencionada, que en su fundamento de derecho 4º dice, “de forma insistente y reiterada, equivale a decir que se esté ante una reiteración de acciones de la misma naturaleza—*un continuum*—que se repite en el tiempo, en un periodo en el tipo penal”.

Por su parte VILLACAMPA, entiende que esta expresión exige que nos hallemos ante un patrón de conducta, descartando los actos aislados. Defiende esta autora la sustitución de los términos “insistente y reiterada” por el adjetivo “persistente” puesto que los dos primeros resultan reiterativos en cuanto a su significado¹⁷.

TAPIA BALLESTEROS, también critica la inclusión acumulativa de estos términos, entendiendo que “reiterada” queda comprendido dentro de “insistente”, y aboga por eliminar “reiterada” y dejar “insistente”, y advierte de que, de querer mantenerse ambos adjetivos debería ser de forma alternativa¹⁸.

La ley no aclara el número de acciones necesarias para llevar a cabo la conducta, para considerar que ha sido “insistente y reiterada”, pero la doctrina está de acuerdo en que al menos tienen que ser más de dos actos intrusivos, ligando la insistencia y la reiteración a la propia definición de acoso. Si bien, el TS dice en su STS 324/2017 que, “No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas

¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “*El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en el derecho español*”, Cuadernos de política criminal, n.º 109, época II, mayo 2013, pág. 26.

¹⁸ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El nuevo delito de stalking”, Wolters Kluwer, octubre 2016, pág. 142.

definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP , pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana.”, en la misma STS también dice, que el stalking es “un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuidad temporal”, parece claro entonces que no se puede negar que deban ser mas de dos actos intrusivos, en atención a la propias definiciones de acoso, reiterar e insistir, la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

En el caso expuesto, el sujeto activo, comete innumerables intrusiones en la esfera del sujeto pasivo, no deseadas por este, pero no debemos centrar nuestra atención en los actos individuales, como una llamada. Debemos fijarnos en el patrón de conducta del sujeto activo, que no es otro, que reaccionar ante ciertos estímulos, como es la propia ruptura, la baja del sujeto pasivo en el negocio del sujeto activo, la foto en actitud cariñosa con otra persona, acicates que llevan al sujeto activo a reaccionar y cometer la intrusión, con la alteración a la vida cotidiana del sujeto pasivo que estos conllevan. Las intrusiones calificables como insistentes y reiteradas deben ser propicias, por lo tanto, de lesionar el bien jurídico protegido y deben ser repetitivas en el momento en que se inician y reiteradas en el tiempo, entendiendo el que suscribe que pueden acumularse las diferentes modalidades alternativas previstas en el tipo. Es decir, la insistencia y la reiteración no deben darse exclusivamente en la propia modalidad concreta, sino que el sujeto activo puede variar de modalidad de conducta de las descritas a continuación y seguir entiendo que sigue un patrón de conducta. Es por esto, por lo que acciones realizadas por el sujeto activo en el caso expuesto, como empapelar la puerta del garaje del sujeto activo o la pintada en el negocio de la pareja del sujeto activo, deben sumar a la hora de determinar la insistencia y reiteración, a pesar de que dentro de su modalidad son únicas. Así lo entiende también nuestro TS que en su STS 324/2017 dice, “La reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto. Algunas podrían por sí solas invadir la esfera penal. La mayoría, no. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables, aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal).”.

“Sin estar legítimamente autorizado”

Esta expresión ha sido muy criticada, ALCALÉ SANCHEZ Y GOMEZ LOPEZ proponen que esta clausula sea eliminada, ya que da a entender que el acoso podría estar legítimamente autorizado por el ordenamiento jurídico en determinados supuestos¹⁹. Por su parte TAPIA BALLESTEROS, al entender que el bien jurídico protegido es la integridad moral, opina que la cláusula no es pertinente, ya que cualquier conducta de acoso que este legitimada queda fuera del tipo²⁰.

Entre los autores que defienden esta clausula encontramos a GOMEZ RIVERO, que entiende que los detectives privados o la prensa realizan un “acoso legítimo”²¹.

¹⁹ ALCALÉ SANCHEZ, M., Y GOMEZ LOPEZ, R.: *“Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”*, Delito de acecho/Stalking: Art. 172 ter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Pág. 566.

²⁰ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El nuevo delito de...Citado, Pág 154.

²¹ GOMEZ RIVERO, M^a C.: *“El derecho penal...Citado, pág. 34.*

VILLACAMPA, por su parte, defiende también una persecución legítima, desarrollada en el marco de una investigación criminal o en virtud del derecho a la libertad de información, aunque enfatiza la autora en considerar más adecuada la expresión “de modo ilegítimo”, en sustitución de “sin estar legítimamente autorizado”, ya que no existe régimen de autorización alguno de tipo administrativo o judicial de estas conductas.

Esta expresión de tipo no parece tener incidencia alguna en el caso expuesto, ya que es evidente que el sujeto activo no tiene legitimación alguna para realizar el acoso.

“Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”

Estamos ante el resultado típico de la acción delictiva, una expresión indeterminada y subjetiva, que además es novedosa en la legislación penal de nuestro país, por lo que no contamos con una prolija interpretación jurisprudencial. Lo más cerca de una interpretación de nuestros tribunales, lo encontramos en la STS 554/2017, que en su FD 4º dice: “A ello debe añadirse la consecuencia de que ello produzca una grave alteración en la vida cotidiana. Por tal debe entenderse algo cualitativamente superior a las meras molestias. También aquí el tipo penal resulta impreciso. Por tanto, se está ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido. En definitiva, y como ya se ha dicho, que causen una alteración grave de su vida cotidiana. Se está en presencia de un tipo penal muy “pegado” a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado.”.

El propio TS califica la expresión como imprecisa, dejando en manos de la interpretación casuística, cuando estamos ante una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima o no.

En el caso práctico, atendiendo a las acciones que el sujeto pasivo llevaba a cabo para escapar de los comportamientos del sujeto activo -como por ejemplo cambiar de números de teléfono, dar de baja perfiles personales y de empresa en Facebook- y la incidencia que los servicios móvil y las redes sociales tienen en la vida de estas personas, así como los trastornos adaptativos, que tanto el sujeto activo como su pareja sufren, parece clara la concurrencia del resultado típico y la idoneidad de las acciones del sujeto activo para causar dicho resultado.

3.2.2. Modalidades.

1ª. Vigilar, perseguir o buscar cercanía física de la víctima.

Se trata de comportamientos dirigidos a permanecer en las proximidades físicas de la víctima, sin necesidad de que exista contacto con ella²².

Vigilar y perseguir representan las conductas tradicionales de acoso. Implican controlar los movimientos de alguien en su día a día, lo cual podrá realizarse en primera

²² MOLINA FERNÁNDEZ, F.(coordinador): “Memento práctico penal”, Francis Lefevre, Madrid, 2017, Pág. 923.

persona o a través de un tercero, como, por ejemplo, un detective privado²³. Puede plantearse la duda de si es necesario que la víctima sea consciente de la vigilancia o persecución del sujeto activo. En atención al resultado típico exigido, “alterar gravemente la vida cotidiana”, parece claro que el sujeto pasivo tendrá que ser consciente de forma inmediata o en algún momento posterior y que esto le obligue a modificar su vida cotidiana.

En cuanto a buscar cercanía física, TAPIA BALLESTEROS lo define como invasión de la esfera del espacio vital del sujeto, de manera que sea factible el contacto físico sin demasiados movimientos²⁴.

Se incluyen por lo tanto conductas tendentes a buscar la cercanía física del sujeto pasivo, como por ejemplo encuentros repetidos no casuales, como conductas de observación a distancia y seguimiento, como por ejemplo vigilar el hogar del sujeto activo o “colocarle” un GPS en el coche.

En el caso práctico expuesto no encontramos conductas que puedan encajarse en esta modalidad de acoso.

2ª. Establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

Esta modalidad de acoso equipara la consumación con la tentativa, no es necesario por lo tanto establecer la comunicación, basta con intentarlo. Tampoco es necesario que la comunicación o el intento de comunicación lo realice el sujeto activo, si no que puede realizarse a través de un tercero. El medio de comunicación escogido por el sujeto activo también es indiferente, pudiendo realizarse el contacto o el intento de contacto, a través de teléfono fijo o móvil, aplicaciones de mensajería instantánea, redes sociales, carta, e-mail y un largo etcétera.

En el caso práctico expuesto, el grueso de las conductas subsumibles en el tipo del artículo 172 *ter* del CP, encajan en esta modalidad, los insistentes mensajes de whatsapp, llamadas, e-mails y etiquetas en publicaciones de Facebook, son claros ejemplos de esta conducta. El hecho de que estos insistentes contactos hagan que el sujeto activo cambie de móvil, cause baja en redes sociales de forma definitiva o temporalmente, cambie sus hábitos de sueño a causa de las altas horas a las que se producen o sea diagnóstico de trastorno adaptativo y tenga que medicarse, son ejemplos claros del resultado de la conducta de acoso, que acaba por alterar gravemente su vida cotidiana.

3ª. Adquirir productos o mercancías, o contratar servicios, o hacer que terceros se pongan en contacto con la víctima, mediante el uso indebido de sus datos personales.

En cuanto a esta modalidad TAPIA BALLESTEROS plantea tres problemas, que bien podrían llevar a entender que es una cláusula innecesaria. El primero de los problemas viene de que la expresión “hacer que terceros se pongan en contacto con la víctima” es una cláusula reiterativa, ya que, esta conducta es totalmente subsumible en la anterior modalidad, si bien es cierto que podemos llegar a la conclusión de que el legislador estaba pensando, en cuanto de la modalidad anterior, en situaciones en las que el sujeto activo

²³ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El nuevo delito de...Citado, Pág. 160.

²⁴ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El nuevo delito de...Citado, Pág. 160.

pide a alguien de su entorno que se ponga en contacto con el sujeto pasivo, y en cuanto a esta modalidad, situaciones como dar sus datos a una compañía telefónica para que a llamen con ofertas o colgar un anuncio con el número de la víctima en un portal de citas. El segundo problema lo encontramos en que el uso indebido de los datos del sujeto pasivo para que terceros se pongan en contacto con la víctima, se dará de forma única, es decir, se pierde la insistencia y reiteración de la conducta del sujeto activo, que pasa a un tercero conocedor o no del acoso. El último de los problemas es que la conducta de adquisición de productos o mercancías o contratación de servicios es también plenamente subsumible en el siguiente apartado, en tanto que atenta contra su patrimonio²⁵.

4ª. Atentar contra la libertad o contra el patrimonio de la víctima, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Esta es la última de las modalidades de conducta que pueden constituir la acción acosadora, se trata de una cláusula abierta, en la que no se especifica ante qué clase de atentado contra la libertad o el patrimonio debemos encontrarnos, en la que pueden encajarse muchos y diferentes comportamientos. Plantea el problema de si estos atentados deben ser constitutivos de delito o no. En este sentido, entiende el que suscribe, que podrían darse ambas situaciones, ya que el tipo prevé una cláusula concursal en su apartado tercero, pero también hay conductas que sin llegar a ser delito pueden atentar contra la libertad y el patrimonio.

En el caso práctico encontramos varios ejemplos de esta conducta, como, por ejemplo, los insistentes malos comentarios en las páginas de Facebook del negocio la pareja de la víctima y del negocio en común de la víctima y su pareja, que si bien se trata de un comportamiento lícito, pues cualquiera es libre de dar su opinión sobre un producto o servicio, es la insistencia y la reiteración la que lo hacen constitutivo de este delito, ya que pretenden doblegar la libertad del sujeto pasivo y lo consiguen, causándole un perjuicio económico. Otro ejemplo de esta modalidad de conducta, lo encontramos en la pintada en el local de negocio de la pareja de la víctima, que le causa un perjuicio económico a esta y que, como ya dijimos, aunque aquí no hay reiteración en cuanto al comportamiento en sí, debemos sumar esta intrusión, sin ir más lejos, a los insistentes malos comentarios en Facebook.

4. TIPO SUBJETIVO.

El delito de *stalking* es un delito doloso por cuanto el dolo debe alcanzar, tanto el elemento intelectual como el volitivo, a los medios empleados y al resultado que se pretenda conseguir. Es decir, el sujeto activo tiene que saber que está acosando al sujeto pasivo y querer acosar. El dolo debe habitar también en las actuaciones que el sujeto activo lleve a cabo, y por supuesto, en relación con el resultado obtenido²⁶.

²⁵ TAPIA BALLESTEROS, P.: "El nuevo delito de...Citado, Pág. 162 y 163.

²⁶ MARTINEZ MUÑOZ, C.J.: "El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter CP", Diario La Ley, n.º 9006, sección tribuna, 22 de junio de 2017, pág. 4.

5. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.

En cuanto a la antijuridicidad, no parece admisible la concurrencia de legítima defensa, estado de necesidad o miedo insuperable, las dos primeras ni siquiera como eximentes incompletas. Si se puede llegar a plantear la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del CP, “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo”, y es que como hemos visto en el apartado dedicado a la conducta típica, la propia redacción del artículo incluye una cláusula de legitimación en negativo, “sin estar legítimamente autorizado”.

Respecto a la imputabilidad nos prevé TAPIA BALLESTEROS de que estamos ante una figura delictiva que en su origen se asocia a un perfil de acosador identificado con un trastorno delirante de tipo erotomaniaco, de ser amado por una persona que en realidad no le ama y puede que ni siquiera le conozca. Aunque el TS solo ha venido aceptando la erotomanía como causa de inimputabilidad, cuando el delito guarda relación directa con el delirio padecido, y este comportamiento parece adolecer de esta relación directa²⁷, lo cierto es que la Audiencia Provincial de Madrid ha señalado que no es aplicable el enamoramiento a este tipo penal, pues de otro modo todo enamoramiento se convertiría en justificativo de la conducta perseguida, destipificándola²⁸.

En lo referente a la conciencia que el sujeto activo tiene de la antijuridicidad de la acción realizada, es decir, la culpabilidad, que puede llevar a apreciar un error de prohibición invencible o vencible, del que puede resultar la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados o la exculpación, debemos concluir, que estamos ante un delito de los que acepta la aplicación de dicho error de prohibición. Esta posible apreciación viene motivada en ciertos de los actos descritos como conducta típica de este delito, ya que pueden ser actos que en sí mismos son cotidianos y normales, aunque habrá que estar a cada caso particular.

En el caso práctico expuesto, el sujeto pasivo le advierte desde la primera intrusión, de que esta no es deseada y le pide que no continúe o denunciará los hechos. Esta advertencia y la gravedad que van ganando las intrusiones con el paso del tiempo, son argumentos suficientes para no apreciar el error de prohibición en el sujeto activo.

6. CONSUMACIÓN.

En cuanto al grado de consumación, estamos ante un delito de resultado, hasta que no se “altere gravemente la vida cotidiana de la víctima” estaremos en fase de tentativa acabada o inacabada, según el grado de ejecución, pero esta tentativa es difícilmente viable, ya que el tipo exige que se realice la conducta “de forma insistente y reiterada”, por lo que es especialmente complicado delimitar cuando la ejecución se ha realizado de modo completo, aunque sin éxito, o cuando se encuentra todavía en curso²⁹.

En el caso práctico examinado, el delito se ha consumado, es decir, las conductas realizadas por el sujeto activo eran idóneas para alterar gravemente la vida cotidiana del sujeto pasivo, como así ocurrió, por lo que no se observan problemas en este sentido.

²⁷ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El nuevo delito de...Citado, Pág. 170.

²⁸ Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia 80/2017, de 27 de mayo.

²⁹ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El nuevo delito de...Citado, Pág. 178.

7. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

En cuanto a la autoría y participación, estamos como ya hemos advertido ante un delito común, es decir, que puede ser cometido por cualquiera y del que también puede ser víctima cualquiera, no se exigen por lo tanto cualidades específicas en ninguno de los dos sujetos, ni en los sujetos que pudieran intervenir como coautores o cómplices del delito. El propio artículo hace una referencia específica a “terceras personas” en su modalidad segunda, la comunicación con la víctima y en su modalidad tercera, en tanto que el uso de sus datos de manera indebida por parte del sujeto activo haga que se pongan en contacto con el sujeto pasivo. En cuanto al uso indebido de los datos para que otros se pongan en contacto con la víctima, parece claro que no se le podría imputar a ese tercero ningún grado de autoría ni participación. Respecto de establecer o intentar establecer contacto a través de terceras personas, el reproche penal que merezca ese tercero derivará de su grado de conocimiento del acoso al que está sometido el sujeto pasivo y a muchos factores que deben ser tenidos en cuenta en cada caso concreto. A pesar de lo anterior, podemos adelantar que si existe dolo por parte del tercero podría ser coautor, y si no tiene otra forma el sujeto activo de ponerse en contacto con la víctima y a sabiendas del acoso, el tercero se comunica con ella por parte del sujeto activo, será cooperador necesario.

En el caso estudiado el sujeto activo actúa solo y no necesita de la ayuda de nadie para cometer las intrusiones.

8. CLAUSULA CONCURSAL.

El apartado tercero del artículo 172 *ter* CP 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 concursal abre la puerta a la posibilidad de establecer concursos de delitos entre las conductas ilícitas que se cometen para acosar y el acto típico del propio artículo 172 *ter* CP. Esta cláusula ha sido criticada por la doctrina, por ejemplo GALDEANO SANTAMARIA entiende, que si las conductas que constituyen el hostigamiento son amenazas o coacciones, y adquieren entidad propia, por progresión delictiva debe quedar absorbida la conducta de acoso por estas, ya que si no se vulneraría el principio *non bis in ídem*, al vulnerar la teoría de la triple identidad del TC (sujetos, hechos y fundamento), concretamente el fundamento, ya que ambos delitos comparten bien jurídico protegido³⁰.

Para solucionar este problema VILLACAMPA aboga por configurar el delito como subsidiario, de forma que fuera aplicable salvo que los hechos constituyeran uno más grave³¹.

En cuanto a que las conductas acosadoras constituyeran un delito que proteja otro bien jurídico protegido, como el de revelación de secretos, con el que procedería una

³⁰ GALDEANO SANTAMARIA, A.: “Acoso.stalking. artículo 173 *ter*”, en ALVAREZ GARCIA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J., “Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 570.

³¹VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Acoso.stalking. artículo 173 *ter*”, en ALVAREZ GARCIA, F.J. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J., “Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 610

relación medial, o lesiones psicológicas, parece claro que la clausula no vulneraria el principio *non bis in ídem*.

En el caso práctico podría suceder que ciertos de los mensajes enviados por el sujeto activo a los sujetos pasivos contuvieran amenazas, en este caso hay que tener en cuenta que la pena prevista en el artículo 172 *ter* CP es mucho más pequeña que la prevista en el CP para las amenazas, por lo que, en virtud de la progresión delictiva, las amenazas absorberían al *stalking*. En cuanto a los daños psicológicos, los sujetos pasivos de nuestro caso aportan sendos partes médicos, donde se les diagnostica de trastorno adaptativo, esto además de ser una prueba de la alteración de la vida cotidiana de los sujetos, pudiera dar lugar a inculpar otro delito, así como la denuncia falsa interpuesta por el sujeto activo contra el sujeto pasivo.

9. TIPOS AGRAVADOS.

Prevé el artículo 172 *ter* CP dos circunstancias que agravan el tipo básico del delito, en atención a las características de sujeto pasivo, cuando sea una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación o cuando sea una persona de las que refiere el apartado 2 del artículo 173 del CP, es decir, “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

En cuanto al segundo tipo agravado, este tendrá incidencia en el caso práctico, en tanto el sujeto activo y el sujeto pasivo fueron pareja e incluso convivieron.

10. CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD.

El delito de *stalking* es de naturaleza privada, ya que el apartado 4 del artículo 172 *ter* CP establece la necesidad de denuncia previa del sujeto pasivo perjudicado o su representante legal, para que se persiga este delito. Sin embargo, podrán perseguirse de oficio, sin requerimiento de denuncia previa, los casos en los que el sujeto pasivo sea uno de los descritos en el artículo 173.2 CP, es decir, el delito será público cuando el sujeto pasivo sea víctima de violencia de género y/o doméstica. Cuando el sujeto pasivo sea menor o persona con discapacidad, bastará con que formule denuncia el Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105.2 LECr.

11. PENALIDAD.

Como apunta TAPIA BALLESTEROS, la calificación de este delito como menos grave, con penas de prisión entre los tres meses y los dos años y de multa de seis a veinticuatro meses, es constante desde las primeras propuestas legislativas donde se aprecia la inclusión de este delito. Son consecuentes también estas penas, con las que hasta la LO 1/2015 la jurisprudencia venía aplicando a casos que ahora son subsumibles en el artículo 172 *ter* CP y que antes encajaban, como ya hemos visto, en delitos como los de amenazas, coacciones, trato degradante, etcétera³². También guarda la pena prevista para este delito algo de consonancia con el resto de los tipos de acoso que el CP incrimina, al menos en cuanto a la pena de prisión, ya que es el único que prevé la pena alternativa de multa.

Respecto a los subtipos agravados, cuando el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, establece una pena de prisión de seis meses a dos años y cuando se trate de una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, establece una pena de prisión de uno a dos años o TBC de 60 a 120 días.

En cuanto a la pena prevista cuando el sujeto pasivo sea una de las personas referidas en el artículo 172.3 CP, el artículo 84.2 CP incorporado tras la reforma de la LO 1/2015, prohíbe la imposición de penas de multa en los delitos sobre la mujer, para tratar de evitar las consecuencias negativas que puedan derivarse de la imposición de esta en el ámbito familiar del condenado. Así, solamente podrá imponerse la pena de multa, cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común. Esta cuestión ha sido tomada en cuenta por el legislador en la tipificación del delito de *stalking*, cambiando la pena de multa, que el tipo básico prevé, por TBC, a pesar de que el artículo 173.2 CP castiga la violencia doméstica y no solo la de género.

Al tratarse de un delito contra la libertad, pueden imponerse las penas accesorias previstas en el artículo 48 CP, de acuerdo con el artículo 57 CP. Estas penas de prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos y prohibición de aproximarse o comunicarse a la víctima o a sus familiares, son desde el punto de vista de la protección de la víctima, de esencial aplicación en este tipo de delitos.

³² TAPIA BALLESTEROS, P.: "El nuevo delito de...Citado, Pág. 194.

VI. CYBERSTALKING.

Internet y las redes sociales se han convertido en un nuevo ámbito de desarrollo personal, una nueva herramienta donde pasar varias horas al día, mantenernos informados de la actualidad, buscar información, promocionar nuestro negocio o incluso llevar a cabo este, pero sobre todo relacionarse con otras personas. La influencia de internet y las redes sociales en la sociedad actual es apabullante. Pero esta influencia no solo trae progreso, sino que internet se convierte en la herramienta perfecta para atentar contra la libertad, el honor o la intimidad. El *cyberstalking* es la consecución de los comportamientos de acoso a través de aparatos tecnológicos, internet y las redes sociales.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la población más victimizada por el delito de *stalking* son mujeres menores de 30 años, se trata por lo tanto de un comportamiento prevalente en este grupo poblacional, pero, además, según los estudios las conductas más comunes en este grupo de edad son: el envío de correos electrónicos, mensajes de texto, mensajes instantáneos o comentarios en las redes sociales. Puede decirse que el *cyberstalking* constituye la forma de *stalking* más común entre adultos-jóvenes³³. Es por esto, por lo que resulta necesario dedicar una mención aparte a este tipo de comportamientos.

De acuerdo con GOMEZ RIVERO el *stalking* entre conocidos ha sido siempre el más habitual, y dentro de estos, entre exparejas, pero con el aumento del uso de las nuevas tecnologías y la creciente costumbre de compartir y exponer nuestras vivencias, experiencias, gustos y en general nuestros datos personales, a través de internet, puede aumentar los casos de acoso entre desconocidos³⁴.

En el caso estudiado casi todos los comportamientos se pueden encuadrar en este tipo de *stalking* cibernético, este *modus operandi* proporciona al acosador grandes ventajas, de estas la más genuina es sin duda el anonimato. Estudiando la denuncia vemos, que no existe nunca un contacto directo con la víctima, lo que proporciona más valentía y menor percepción del daño causado por parte del acosador. Este tipo de acoso carece además de mecanismos rápidos y efectivos de protección de la víctima, observamos a través del estudio del caso, como el acosador abre diferentes perfiles falsos según va siendo descubierto y bloqueado. Las fronteras del bien jurídico protegido, que ya decíamos tenían que ser amplias, se ven aquí mucho más afectadas que en los comportamientos del *stalking* más físico. Este acoso cibernético es público, lo que puede llegar a lesionar otros bienes jurídicos además de la libertad y la seguridad, como por ejemplo el honor. Como colofón, internet es un medio muy propicio para atentar contra la intimidad.

El *cyberstalking* es un comportamiento también propicio para encontrar conductas capaces de ser comisivas de más de un delito y activar la cláusula concursal del artículo 172 *ter* CP, delitos como el de revelación de secretos, daños informáticos, delitos contra el honor, usurpación del estado civil y un largo etcétera.

Otro de los aspectos a tener en cuenta a la hora de hablar del *cyberstalking* son los aspectos procesales.

³³ VILLACAMPA ESTIARTE, C / PUJOLS, A.: "Prevalencia y dinámica de la victimización por *stalking* en población universitaria", Rcrim, n.º 15, 2017, Pág. 19.

³⁴ GOMEZ RIVERO, M^a C.: "El derecho penal ante las conductas...Citado, Pág. 43.

Las conductas de *cyberstalking* a través de la red, pueden ejecutarse en un lugar y tener sus efectos en otro. Esto plantea problemas de determinación de la competencia para su enjuiciamiento, ya que el principio de territorialidad es difícilmente compatible con internet, al tratarse de delitos cometidos a distancia se hace difícil determinar el lugar de comisión³⁵. Los Tribunales Españoles han venido aplicando la “teoría de la ubicuidad”, por la que se entiende cometido el delito en todos los lugares en los que se haya cometido algún elemento del tipo, resultando la competencia a favor del órgano judicial que primero comienza las actuaciones si son varios los aptos para actuar³⁶.

Otro reto que plantea el *cyberstalking* es su investigación y prueba, derivados de su posible ejecución anónima, a distancia y a través de medios informáticos. Para investigar y probar estas conductas serán necesarios peritajes informáticos que confirmen la denuncia del sujeto pasivo, llevadas a cabo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que cuentan con unidades de investigación de delitos informáticos, o por peritos de parte.

En cuanto a la identificación del sujeto activo, en tanto en cuanto esconda su identidad a través de perfiles falsos como ocurre en el caso práctico, será necesario determinar los terminales desde los que se ejecuta el delito. Esta identificación del aparato desde el que se envía un correo electrónico, un comentario o mensaje, se realizara a través de la dirección IP del dispositivo. Una dirección IP es un conjunto de cuatro cifras que van desde 0 hasta 255, lo que hacen un total de 4.294.967.296 para todo el mundo, cifra a todas luces insuficiente, por lo que es necesario establecer un mecanismo por el que pueda utilizarse una misma IP por dos dispositivos diferentes, este mecanismo es el NAT. En cuanto a los comportamientos realizados a través del terminal móvil con cobertura 3G, 4G o 5G, el sistema NAT permite identificar inequívocamente un terminal con una IP. Si se trata de una conexión ADSL o de fibra óptica, la cosa cambia y el sistema NAT solo nos permitirá en principio identificar la red domestica o empresarial desde que partió el mensaje, pero no el ordenador concreto que lo envió³⁷. Pero el problema mas grave es que una dirección IP se puede suplantar, por lo que no garantiza siempre la determinación de la dirección del emisor, amen de que el sujeto activo puede acudir a un cibercafé o biblioteca sin control de acceso a realizar la conducta típica. Para la averiguación de la IP de acuerdo con el TS no será necesaria autorización judicial, pero si para proceder a identificar al usuario al que le ha sido asignada³⁸.

Identificado el acosador, se hará necesario también probar que el contenido de los mensajes o comentarios que el sujeto pasivo le achaca no han sido manipulados, para lo que no servirán las capturas de pantalla o “pantallazos”, sino que se hará necesario una prueba pericial informática que determine la integridad del contenido de dichos “pantallazos”³⁹, pero estas si servirán como indicio suficiente para comenzar una investigación. Como ocurre en el caso práctico, los “pantallazos” son la única herramienta que tiene un ciudadano medio para poder demostrar que es víctima de estas conductas, al menos con carácter indiciario.

³⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: “*Derecho Penal e Internet. Especial consideración a los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*”, Lex Nova, 2011, pág.18.

³⁶ STS 1121/2008 de 3 de enero.

³⁷ RUBIO AMARILLO, J.: “El ciberacoso en las redes sociales enfocado desde una perspectiva pericial informática”, Diario LaLey, n.º 35305, 20 de noviembre de 2017, Pág. 2.

³⁸ STS 4648/2008 de 9 de mayo y STS 130/2007 de 9 de febrero.

³⁹ STS 754/2015 de 27 de noviembre.

VII. CONCLUSIONES.

El objetivo del presente trabajo es arrojar luz sobre el artículo 172 *ter* CP, un delito de reciente tipificación en España, que castiga las conductas de acoso, a través del estudio detallado de los elementos del delito. Este análisis del tipo nos lleva a extraer varias conclusiones.

La primera conclusión es que la tipificación de este tipo de comportamiento en España llega tarde. Estas conductas de acoso adquieren relevancia social en los años 80 y relevancia penal en la década de los 90, siendo Estados Unidos, concretamente el estado de California, el primer país en incluir una norma anti-*stalking*. Dicha inclusión en el ordenamiento jurídico español como hemos visto se realiza en el año 2015, a través de la LO 1/2015 de reforma de CP, si bien se trata de una exigencia del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, firmado y ratificado por España y en vigor desde agosto de 2014. Sin entrar en comparaciones de cuando y como han incluido en sus ordenamientos los distintos países de nuestro entorno, comparación en la que saldríamos claros perdedores, hemos visto como la jurisprudencia se las ha tenido que arreglar para condenar estos comportamientos, intentando encajarlos a duras penas en delitos como el de amenazas y mas frecuentemente en el de coacciones, síntoma objetivo de que las conductas que ahora castiga el artículo 172 *ter* CP adquirieron relevancia en España mucho antes de su tipificación. En cuanto a la incriminación de estas conductas a través del delito de coacciones, si bien es cierto que el hecho de que la propia redacción del tipo exija, que la conducta del sujeto activo “altere gravemente la vida cotidiana” de la víctima, y esto acerca el artículo 172 *ter* CP a las coacciones, también es cierto que en el delito de coacciones es necesario que el dolo alcance el resultado típico de restringir la libertad del sujeto pasivo, mientras que en el delito de *stalking* la intención del sujeto pasivo es la de acercarse a la víctima no coartar su libertad.

Una vez aceptada la regulación expresa de este tipo de comportamientos, debemos hacer una serie de críticas acerca de su redacción, ya que esta ofrece muchas dudas.

La primera de estas críticas es la introducción en el tipo de la necesidad de que la conducta sea “insistente y reiterada”, en tanto en cuanto estos dos términos son sinónimos. En este sentido, hacemos nuestra la conclusión de VILLACAMPA y entendemos que debería sustituirse por “persistente”.

La introducción de una causa de justificación dentro del tipo como es “sin estar legítimamente autorizado”, también produce muchas dudas acerca de su necesidad, teniendo en cuenta que ya existe una cláusula idéntica en el artículo 20.7 CP, en la que podrían tener cabida los dos ejemplos examinados de acoso legítimo, el que se da en el marco de una investigación criminal y en el que se da en el marco de una investigación periodística. Aun así y aun existiendo ambas cláusulas entiendo que debe ser el juzgador el que valore estas excepciones de autorización a la consecución de conductas de acoso, pudiendo existir casos en los que la policía o la prensa carezcan de legitimidad para perseguir a una persona o se extralimiten en su autorización.

La redacción de las diferentes modalidades de acoso es, como hemos visto, cuanto menos repetitiva entre sus apartados. Concretamente en cuanto a la comunicación por medio de terceros y el atentar contra la libertad y patrimonio de la víctima.

A pesar de estos fallos en la redacción del tipo, el mismo también ofrece puntos positivos, como la exigencia de “alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima”, exigencia que dota de cierta objetividad a la lesión de bien jurídico protegido, en tanto en cuanto algunas de las conductas descritas en el tipo pueden ser conductas que individualmente estén socialmente aceptadas.

Otro punto a favor en la redacción del tipo es equiparar la consumación y la tentativa en cuanto a la comunicación o intento de comunicación del sujeto activo con la víctima. Ello es así, porque el hecho de que el sujeto pasivo no descuelgue las llamadas del sujeto activo o no lea ni conteste a sus mensajes, no vacía de contenido la acción del acosador, que ve truncados sus intentos de comunicación, siempre y cuando estos comportamientos alteren gravemente la vida del sujeto pasivo, ya que lo que se trata de castigar son los actos persistentes que se pasan de meramente molestos y condicionan al que los sufre.

En cuanto a las circunstancias que agravan el tipo básico del delito, concretamente cuando el sujeto pasivo sea una persona a las que refiere el apartado 2 del artículo 173 del CP, esta parece sensata teniendo en cuenta que el grueso de estos delitos suele darse en relaciones de confianza previa entre los sujetos intervinientes, mientras que las situaciones en las que se dan estos delitos entre desconocidos son residuales.

El delito ha sido tipificado como común, es decir, que puede ser tanto sujeto activo como pasivo cualquier persona. Es cierto que estamos ante comportamientos en los que, claramente y así lo reflejan los estudios estadísticos aquí mencionados, existe un componente de género y la población más victimizada son las mujeres. Pero estos comportamientos son obviamente susceptibles de cometerse por cualquier persona y contra cualquier persona, por lo que la diferencia en cuanto a la perseguibilidad de delito, en tanto que sea cometido contra las personas referidas en el artículo 173.2 CP o no, y que para las primeras no sea necesario interponer denuncia previa y las segundas sí, parece del todo incoherente y atentatorio contra el principio de igualdad.

En relación con la cláusula concursal que prescribe el punto tercero del artículo estudiado, aunque esta tiene mucho sentido en relación con la consideración de delito como pluriofensivo que en este trabajo se mantiene, esta cláusula puede dar lugar a vulneraciones del principio de *non bis in idem*. Por lo tanto, dicho apartado debería configurar el delito como subsidiario, de forma que fuera aplicable salvo que los hechos constituyeran uno más grave y dejar que los concursos y sus efectos, los regule la parte general del CP.

Por último, en relación con el *cyberstalking*, es cierto que este no es una forma de acoso diferente a la plasmada en el tipo, en cuanto a la lesión de un bien jurídico protegido distinto o en cuanto a las conductas que lo desarrollan, pero sí es muy diferente en los medios que utiliza. Los medios a través de los que se comete el *cyberstalking* son capaces de lesionar el bien jurídico protegido de una forma más intensa y variada. Es por ello, por lo que se echa de menos en la redacción del tipo una mención a estos comportamientos, aunque simplemente sea en activación de la función más preventiva del derecho penal.

La incriminación de las conductas de *stalking* es necesaria y aunque su redacción en el CP tiene luces, también tiene sombras que, si bien son parcialmente salvables a través de la creación jurisprudencial, se hace necesario una reforma integral del tipo ajustándolo a las necesidades reales actuales de protección, a pesar de su reciente incorporación al ordenamiento jurídico español.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ACALE SANCHEZ, M., Y GOMEZ LOPEZ, R.: *“Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”*, Delito de acecho/Stalking: Art. 172 ter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALVAREZ GARCIA, FJ. (director), DOPICO GOMEZ-ALLER, J., *“Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS / MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA, “Acoso y derecho penal”, Eguzkilore nº25, diciembre 2011.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *“Derecho Penal e Internet. Especial consideración a los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes”*, Lex Nova, 2011.

GOMEZ RIVERO, M^a C.: *“El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”*, en MARTINEZ GONZALEZ, M^a I (Dir.) *“El acoso: tratamiento penal y procesal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTINEZ MUÑOZ, C.J.: *“El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter CP”*, Diario La Ley, n.º 9006, sección tribuna, 22 de junio de 2017.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.(coordinador): *“Memento practico penal”*, Francis Lefevre, Madrid, 2017.

RUBIO AMARILLO, J.: “El ciberacoso en las redes sociales enfocado desde una perspectiva pericial informática”, Diario LaLey, n.º 35305, 20 de noviembre de 2017.

TAPIA BALLLESTEROS, P.: “El nuevo delito de stalking”, Wolters Kluwer, octubre 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C/PUJOLS PEREZ, A.: “Stalking: efectos en las victimas, estrategias de afrontamiento y propuestas legislativas derivadas”, InDret, 2/2017.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, ReCrim, 2010.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso”, Editorial lustel, Madrid, 2009.