

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: marzo

**EL DELITO DE ACOSO PERSECUTORIO DEL ART. 172 TER DEL
CÓDIGO PENAL**

*THE CRIME OF PERSECUTORY HARASSMENT IN ART. 172 TER OF THE
CRIMINAL CODE*

Realizado por la alumna Dña. Nayara van der Krabben Igañez

DNI: 43492799Y

Tutorizado por el Profesor D. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho penal



ABSTRACT

Through LO 1/2015, of March 30, which modifies the Penal Code, the crime of harassment or stalking is incorporated into art. 172 ter of our punitive text with the purpose of typifying those criminal behaviors that cannot be included in the criminal types of threats or coercion.

In this sense, in order to be able to convict for a crime of harassment, it is necessary for the active subject to comment on some of the typical behaviors provided for in section 1° of the precept, and in addition, it is necessary that a series of requirements be met, that is, that the harassing acts are carried out insistently and repeatedly, without being legitimately authorized and that seriously alter the development of the daily life of the victim, directly causing a serious impairment in some of the aspects that make up the freedom to act of the passive subject.

For this reason, making an initial approach to the historical-legislative background of this new criminal offense, as well as analyzing its typical structure, addressing the different doctrinal and jurisprudential criteria, will be the main purpose of this work.

Key Words: *persecutory harassment, stalking, harassment, insistent and repeated, seriously alter the development of daily life.*

RESUMEN

Mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, se incorpora el delito de acoso o *stalking* en el art. 172 ter de nuestro texto punitivo con el propósito de tipificar aquellas conductas delictivas que no pueden encuadrarse en los tipos penales de amenazas o coacciones.

En este sentido, para poder condenar por un delito de acoso es necesario que el sujeto activo comenta alguna de las conductas típicas previstas en el apartado 1° del precepto, y además, es necesario que se cumplan una serie de exigencias, es decir, que los actos acosadores se lleven a cabo de forma *insistente y reiterada, sin estar legítimamente autorizado* y que *alteren gravemente el desarrollo de la vida cotidiana* de la víctima, provocando directamente un grave menoscabo en alguno de los aspectos que integran la libertad de obrar del sujeto pasivo.

Por esta razón, realizar un planteamiento inicial de los antecedentes históricos-legislativos de este nuevo tipo penal, así como analizar su



estructura típica, abordando los distintos criterios doctrinales y jurisprudenciales, será el objeto principal de este trabajo.

Palabras clave: *acoso persecutorio, acecho, hostigamiento, insistentes y reiteradas, alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana.*

ÍNDICE

1. Introducción.....	5
2. Antecedentes históricos-legislativos del delito y consideraciones de derecho comparado.....	7
3. Estructura típica.....	13
3.1. Bien jurídico protegido.....	13
3.2. Acoso personal.....	16
3.2.1. Tipo básico.....	16
3.2.1.1. Tipo objetivo.....	16
A. Elementos comunes.....	19
B. Modalidades de ejecución.....	27
3.2.1.2. Tipo subjetivo.....	32
3.2.2. Tipos agravados.....	33
3.3. Acoso mediante el uso indebido de la imagen de otro.....	38
3.4. Cláusula concursal.....	40
3.5. Condición de procedibilidad.....	42
4. Conclusiones.....	43
5. Bibliografía.....	47

1. Introducción.

El delito de acoso persecutorio o *stalking* está previsto en nuestro Código Penal tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Concretamente, este novedoso tipo penal se contempla en el art. 172 *ter*, enmarcado en el Capítulo III “*De las coacciones*”, del Título VI “*Delitos contra la libertad*”, del Libro II del Código Penal.

En este sentido, debemos señalar que la incorporación de este nuevo precepto, trata de dar una respuesta a los problemas prácticos, que en muchas ocasiones, surgen a la hora de encuadrar algunas conductas de indudable gravedad en los tipos penales de amenazas o coacciones¹, pues así lo ha expresado la propia LO 1/2015, de 30 de marzo, en su exposición de motivos: *“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.”*².

Por tanto, el propio legislador ya pone de manifiesto los graves daños que generan este tipo de conductas, las cuales deben ser penalizadas, pues no solo afectan al derecho fundamental a la libertad, sino que también, suponen un menoscabo del sentimiento de seguridad de la persona que se ve sometida de forma insistente a una persecución física o tecnológica, como es el acoso. En consecuencia, el legislador ha optado por emplear dos formas distintas a la hora de regular este delito, con la intención de ajustarse a las preferencias legislativas instauradas en el derecho comparado, que

¹ ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.): *Derecho penal. Parte especial*, 2^a ed., Ed. Comares, Granada, 2022, pág. 165.

² 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. BOE n^o77, de 31 de marzo de 2015.

aunque lo trataremos en su momento adecuado, en el epígrafe del bien jurídico protegido, son: (i) por un lado, las que resaltan el bien jurídico de la *seguridad*, reclamando en el comportamiento una aptitud para causar miedo; (ii) y, por otro lado, como es nuestro caso, las que se acentúan en la afectación del derecho a la *libertad* que queda limitada por esa conducta acosadora que puede influir en el desarrollo de la vida cotidiana de una persona³.

El siguiente epígrafe lo dedicaremos a desarrollar todo lo relativo a su tipicidad, y para ello analizaremos el apartado 1º del art. 172 *ter* del Código Penal, el cual en su redacción original, que es la que ha quedado definitivamente fijada en la actualidad, enumera las conductas que configuran las distintas modalidades de perpetración del delito de acoso: “*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 esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana: 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.*”. En consecuencia, en este primer apartado se enumeran las conductas que configuran el delito de acoso, así como también se precisan las exigencias que deben cumplirse para que dichas conductas sean constitutivas de delito, pues además, a tenor literal del mismo, estas se deben llevar a cabo “*de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado*” de manera que se “*altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*” de la víctima⁴.

A partir de esta definición legal, podemos atender que el legislador ha configurado el delito de acoso persecutorio como un delito mixto alternativo. Esto es así, porque la conducta llevada a cabo por el agresor solo será constitutiva de delito,

³ STS (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2017, fundamento de derecho tercero, (rec. núm.324/2017).

⁴ TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, pág. 124.

cuando se trate de alguna de las conductas señaladas en el precepto, y además, se cumplan también las exigencias comunes previstas en el mismo, pudiendo el sujeto activo realizar varias, sin que ello suponga la realización de varios delitos de acoso⁵.

A continuación, dentro de este mismo punto, también analizaremos tanto el apartado 2º del art. 172 *ter* del Código Penal, donde se prevé una modalidad agravada del delito de acoso para “*cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173*”; como el apartado 5º del mismo, que se añade mediante la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual a través del cual se introduce una nueva modalidad del delito de acoso que castiga “*a quien, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública*”.

Finalmente, una vez analizada la tipicidad, los dos últimos apartados los dedicaremos, uno al estudio de la cláusula concursal prevista en el art 172 *ter* 3º del Código Penal que señala lo siguiente: “*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.*”; y otro a la condición de procedibilidad, pues este delito se configura como un delito perseguible a instancia de parte, siendo necesario que la persona agraviada o su representante legal interponga una denuncia como se establece en el art. 172 *ter* 4º del Código Penal: “*Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*”.

2. Antecedentes históricos-legislativos del delito y consideraciones de derecho comparado.

El delito de acoso persecutorio, también conocido como *stalking*, utilizando la terminología anglosajona, se tipifica por primera vez en nuestro Código Penal tras la reforma penal llevada a cabo por la Ley Órgánica 1/2015, de 30 de marzo, por un lado, como consecuencia de la necesidad de adecuar nuestro texto punitivo a los

⁵ *Ibidem*.

compromisos internacionales, dando así cumplimiento al Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que en su art. 34 dispone que: *“Las Partes 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 esta a temer por su seguridad.”*⁶, es decir, interpone la obligación a los Estados parte, entre ellos España, a incriminar el delito de acoso persecutorio o *stalking*; y por otro lado, especialmente como consecuencia de la necesidad de dar una respuesta penal a dichas conductas que cada vez son más frecuentes en nuestro ambiente social⁷.

En cuanto a la evolución histórica de su regulación, en primer lugar, debemos mencionar que la STS 324/2017, de 17 de mayo, fundamento de derecho tercero, ha expresado lo siguiente: *“Con la introducción del art. 172 ter CP nuestro ordenamiento penal se incorpora al creciente listado de países que cuentan con un delito con esa morfología. La primera ley antistalking se aprobó en California en 1990. La iniciativa se fue extendiendo por los demás estados confederados hasta 1996 año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. Canadá, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda siguieron esa estela a la que se fueron sumando países de tradición jurídica continental: Alemania (Nachstellung), Austria (behrrliche Verfolgung), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (atti persecutori).”*⁸.

En este sentido, el nacimiento de esta nueva figura delictiva tiene lugar en EEUU, donde se publica la primera ley antistalking en California en el año 1990, incorporándose al *California Penal Code* el apartado 646.9, donde se describe como delito el comportamiento de *“Cualquier persona que acose intencionada, maliciosa y repetidamente siga o acose intencionada y maliciosamente a otra persona y que haga una amenaza creíble con la intención de hacer que esa persona tenga un temor razonable por su seguridad o la seguridad de su familia”*⁹, a raíz de muchos

⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>.

⁷ STS (Sala de lo Penal), de 12 de julio de 2017, fundamento de derecho cuatro, (rec. núm.554/2017).

⁸ STS (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2017, fundamento de derecho tercero, (rec. núm.324/2017).

⁹ Disponible en:

https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=646.9&lawCode=PEN

acontecimientos, entre ellos, el asesinato de la actriz Rebecca Scheaffer el 18 de julio de 1989 a manos de un fan que llevaba tiempo acosandola¹⁰.

Esta iniciativa legislativa se extendió, posteriormente, a otros Estados federales como Carolina del Sur, Nuevo Hampshire, y Minnesota, pertenecientes todos ellos al *sistema del common law*. En consecuencia, en el año 1996 se produce un salto muy imponente, pues este comportamiento conocido como *stalking*, no solo pasa a tener una regulación específica en cada uno de los estados, sino que además, se tipifica como delito federal mediante la *Interstate Stalking Punishment and Prevention Act*, que efectúa una modificación en el Capítulo 110A (*Domestic violence and stalking*) del *US Code*, condenando en su § 2261A “a toda persona que con la intención de matar, herir, acosar, intimidar, o poner bajo vigilancia, cometa una conducta que pueda llevar a la víctima a temer por su propia vida o integridad física, o de un familiar”¹¹.

No obstante, no sería hasta 1997, con la aprobación por el Parlamento del Reino Unido de la *Protection from Harassment Act*, cuando se produciría el ingreso de este nuevo delito en Europa, y por tanto, en alguno de los Códigos penales europeos integrantes del modelo continental, al que pertenece nuestro ordenamiento jurídico. Debemos recalcar que, esta nueva ley contempla la creación de dos tipos penales distintos: por un lado, tipifica el *delito de acoso* y por otro lado el delito de crear un ambiente de terror.

A partir de aquí, el delito de acoso o *stalking* comenzó a penalizarse en los textos legislativos de otros Estados europeos como en Alemania donde en 2007 se comenzó a castigar como responsable de un delito de *Nachstellung* (§ 238 StGB)¹² “a quien persiga a otra persona sin autorización de tal manera que pueda perjudicar gravemente su vida: (i) buscando su proximidad física, (ii) intentando establecer contacto con esta persona media telecomunicaciones o otros medios de comunicación o a través de terceros, (iii) mediante el uso de datos personales de la víctima realice

¹⁰ Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Rebecca_Schaeffer

¹¹ Disponible en: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=2261A&f=treesort&fq=true&num=5&hl=true&edition=prelim&granuleId=USC-prelim-title18-section2261A>

¹² SALAT PAISAL, M.: “Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violencia de género de escasa gravedad: el caso de *stalking*”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, pág. 8.

pedidos de bienes o servicios para ellos, o induzca a terceras personas a contactarla, (iv) amenace a esta persona con dañarle la vida, la integridad física, la salud, o la libertad de la misma o de sus familiares, previéndose una pena superior cuando se ocasione la muerte de la víctima o le pusiere en una situación de grave peligro”¹³, teniendo en cuenta que el precepto fue modificado posteriormente con la reforma llevada a cabo por la Ley del 1 de marzo de 2017, dejando de ser un delito de resultado y pasando a ser un delito de idoneidad, atendiendo a la redacción literal del mismo^{14/ 15}.

Poco después, en el año 2009 se aprobó en Italia Ley 28/2009, la legislación *atti persecutori*, que concluyó en el actual art. 612 bis del Código Penal italiano que castiga a la persona que, “*con una conducta reiterada, amenace o acose a alguien de forma que provoque un estado de ansiedad persistente y grave, o le genere una situación de miedo o de temor fundado por su seguridad o la de un familiar cercano o cualquier otra persona vinculada por una relación afectiva.*”^{16/ 17}.

En Austria, el delito de *acoso persistente* se contempló también en el § 107 öStrGB, dirigido a penalizar aquellas conductas repetitivas que lleve a cabo el acosador contra su víctima a lo largo de un extenso periodo de tiempo, siempre y cuando sean idóneas para alterar de manera intolerable sus condiciones habituales de vida¹⁸.

De otro lado, podemos señalar que en Portugal, a partir del año 2015, la criminalización de este tipo de conductas queda recopilada en el art. 154A de su Código Penal bajo la siguiente regulación: “*Quien de modo reiterado, persiga o acose a otra persona por cualquier medio, directa o indirectamente, de forma adecuada para provocarle miedo o intranquilidad o para perjudicar su libre determinación, será castigado...*”¹⁹.

¹³ Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190508_01.pdf

¹⁴ ZARAGOZA TEJADA, J. I.: “Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de stalking”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021, pág. 8.

¹⁵ ROIG TORRES, M.: “Regulación del stalking en Alemania: la reciente reforma del delito de persecución (nachstellung) del § 238 STGB”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018.

¹⁶ Disponible en: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona>

¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La introducción del *atti persecutori* en el Código penal italiano”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009, pág. 4.

¹⁸ CARMONA SALGADO, C.: *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso (Aspectos criminológicos, políticos criminales, sustantivos y procesales)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 148.

¹⁹ Disponible en: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675-70033890>

Por último, es conveniente hacer referencia al texto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012, donde se propone por primera vez este delito de acoso persecutorio o *stalking*, el cual ha sido objeto de muchas valoraciones, especialmente por el Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado, así como también ha sido sometido a numerosas críticas por parte de la doctrina especializada, y que fue redactado de la siguiente forma:

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

1º La aceche o busque su cercanía física.

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

3º 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.

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

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.

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.²⁰

²⁰ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013.

Dicho esto, debemos apuntar que la doctrina, en primer lugar, ha manifestado que este Anteproyecto se ha elaborado sin contar previamente con una base empírica que nos permitiera conocer las necesidades reales de la protección penal²¹, de manera que no encontraríamos ante la exposición de un proceder delictivo basado en simples presentimientos o impresiones de que aquello que está sucediendo se trata de una situación susceptible de ser calificada como una conducta de acoso de acecho o persecutorio.

En segundo lugar, cabe resaltar las numerosas opiniones a las que ha sido sometida la *cláusula análoga* que se prevé expresamente en el apartado 5º del precepto, la cual no delimita la acción típica, configurándose así un tipo penal abierto. Por un lado, el Informe del Consejo Fiscal y la doctrina mayoritaria reprochan tal previsión haciendo alusión a la necesidad de retirar la misma. Mientras que por otro lado, el Informe del Consejo General del Poder Judicial defiende la idoneidad de la misma, considerándola conveniente para abarcar “*la pluralidad de comportamientos que pueden integrar el acoso*”²². No obstante, como consecuencia de las numerosas críticas, esta cláusula acabó desapareciendo de la actual redacción del precepto tras la reforma penal de 2015.

Además, debemos señalar que tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal y la doctrina mayoritaria, coinciden en alegar que el legislador, a la hora de contemplar las posibles conductas acosadoras, se ha olvidado de aquellas que atentan contra la vida o contra la salud, pues se ha limitado a prever en el apartado 4º del artículo, aquellas que atentan “*contra la libertad o el patrimonio*” de la víctima o de otra persona próxima a ella.

En lo que a los actos que integran la acción acusadora se refiere, debemos señalar que también han sido objeto de crítica las exigencias de que esos actos deben llevarse a cabo “*de forma insistente y reiterada*” y “*sin estar legítimamente autorizada*”, y además, que deben alterar “*gravemente el desarrollo de su vida*”

²¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., PUJOLS PÉREZ, A.: “El tratamiento jurídico del stalking desde el prisma de las víctimas y los profesionales: resultados de un análisis cualitativo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pág. 3.

²² Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, pág 168.

cotidiana”. No obstante, los problemas que plantean estos requisitos serán objeto de estudio más adelante.

Este Anteproyecto también prevé una modalidad agravada de acoso para aquellos supuestos en los que la víctima fuera alguna de las personas contempladas en el art. 173.2 del Código Penal. En esta ocasión, tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal, realizaron diversas propuestas de mejora que luego pasaron a formar parte de la redacción definitiva del mismo.

Por último, solo indicar que ni el Consejo General del Poder Judicial ni el Consejo Fiscal presentaron objeciones respecto de la *perseguibilidad a instancia de parte*, configurándose así el delito de acoso persecutorio o *stalking* como un delito de perseguible a instancia de parte, siendo necesaria la previa interposición de una denuncia por la persona agraviada o por su representante legal.

Consecuentemente, conservando la propuesta de incluir el nuevo delito de acoso en el Código penal, se presenta el Proyecto de Reforma de 4 de octubre de 2013, el cual se redacta casi en idénticos términos que en el Anteproyecto. Entre ambos, la única diferencia en relación con los actos constitutivos de acoso radica en que se produce una modificación del término “*aceche*”, que se sustituye por “*la vigile, la persiga*”. Por otro lado, se añade el párrafo 2º en el apartado 1º conforme al cual “*Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años*” y finalmente, se añade también la libertad vigilada como novedad sancionadora del delito de acoso, que sin embargo, se acabó suprimiendo^{23/24}.

3. Estructura típica.

3.1. Bien jurídico protegido.

Antes de comenzar con el análisis del bien jurídico protegido por el delito de acoso persecutorio, conviene señalar que la ubicación sistemática de un precepto legal, en principio nos facilita identificar cual es el bien jurídico protegido por el mismo. Sin

²³ CARMONA SALGADO, C.: *op. cit.*, nota 18, págs. 137-157.

²⁴ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, págs. 126-133.

embargo, esto no siempre es así, pues las precipitaciones a la hora de elaborar el Código Penal de 1995, así como algunas de las reformas penales, nos sugieren que no siempre existe una correlación entre el bien jurídico protegido por el delito y el nombre del Título en el que se incluye. Tal es el caso del delito de acoso, que pese a estar previsto en el art. 172 *ter*, dentro del Capítulo III “*De las coacciones*”, del Título VI “*Delitos contra la libertad*”, del Libro II del Código Penal, exige llevar a cabo un análisis mucho más profundo acerca del bien jurídico que protege, pues este ha sido objeto de muchas valoraciones dando lugar a múltiples controversias.

Sin embargo, en relación con el bien jurídico protegido, en lo que sí está de acuerdo la doctrina, es que el referido art. 172 *ter* del Código Penal no comprende una modalidad de delito de coacción, sino que se acerca más a una figura delictiva mixta entre las amenazas y las coacciones, por lo que sería más adecuada una regulación independiente, concretada en la creación de un capítulo específico para el mismo²⁵.

Cabe destacar, que la propia Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, enuncia en su Exposición de Motivos que con el delito de acoso “*se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima*”²⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial, pues en su informe ha expresado que el delito de acoso penaliza las “*conductas acosadoras, caracterizadas por la intromisión en la vida de otro, que atentan contra la libertad de la persona, afectando gravemente a su desarrollo*”²⁷.

Dicho esto, podemos señalar que el bien jurídico que persigue proteger el delito de acoso persecutorio, *es la libertad de las personas*, entendida como el derecho que tienen a desarrollar su vida cotidiana con normalidad, sin restricciones de libertad de ningún tipo, que tengan su causa en alguna conducta de acecho u hostigamiento realizadas por un tercero no legitimado para ello, como por ejemplo, ser vigilada de cerca durante un largo período de tiempo y que como consecuencia de esa conducta, se decida cambiar alguna actividad que se realizaba de manera frecuente para evitar esa vigilancia, pudiendo incluso esa limitación de libertad afectar a su personalidad. En

²⁵ *Idem*, págs. 134 y 135.

²⁶ 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. BOE nº77, de 31 de marzo de 2015.

²⁷ Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 16 de enero de 2013, pág. 167.

consecuencia, podemos calificar el delito de acoso o *stalking* como un *delito contra la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente*.

Asimismo, la protección de la libertad debe estar íntimamente ligada con el *sentimiento de seguridad y tranquilidad* que asiste a toda persona²⁸. En este sentido, haciendo alusión al ejemplo que acabamos de poner, cuando el sujeto pasivo decide cambiar una actividad para evitar la situación de vigilancia, es decir, cuando se produce un cambio en su rutina de vida, inevitablemente se ha visto sometido a una alteración psíquica, pues la conducta acosadora le ha generado un sentimiento de inseguridad, así lo ha declarado la STS 717/2020, de 22 de diciembre, fundamento de derecho primero²⁹.

De hecho, GÓMEZ RIVERO considera que, a pesar de que la conducta acosadora afecta indudablemente a la libertad, determinar el bien jurídico protegido no siempre es una tarea fácil. Pues como hemos apuntado en el ejemplo, es habitual que los sujetos pasivos que sufren el acoso, modifiquen sus hábitos como respuesta para evitar ese tipo de situaciones, como consecuencia de la inseguridad que les generan. En este sentido, la autora ha estimado que para determinar el bien jurídico protegido se debe saber diferenciar entre esas afectaciones a la libertad y las meras molestias pero sin entidad suficiente. De manera que, según GÓMEZ RIVERO, en base al principio de intervención mínima, sólo son merecedoras de una respuesta penal, aquellas actuaciones que verdaderamente suponen una afectación a la libertad y que por tanto, alteran la vida cotidiana de la víctima lo suficiente como para justificar el reproche penal³⁰.

En esta misma línea, se ha pronunciado la SAP de Madrid 193/2022, de 30 de marzo, fundamento de derecho segundo; que absuelva al acusado de un delito de acoso, al considerar que de los hechos probados se deduce que en un *periodo de tiempo comprendido entre octubre de 2018 y enero de 2019, es decir, durante cuatro meses*, el sujeto activo ha procedido a *mandar flores, cartas de amor y a seguir hasta su puesto de trabajo y a un concierto a su ex pareja*, y que eso no lo ha hecho con el ánimo de

²⁸ MUÑOZ CUESTA, J.: “Acoso personal: perspectiva de género. La alteración de la vida cotidiana debe contenerse en los hechos probados de la sentencia condenatoria.”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2022, pág. 2.

²⁹ STS (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre de 2020, fundamento de derecho primero, (rec. núm. 717/2020).

³⁰ GÓMEZ RIVERO, M. C.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en AA.VV. (MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., Dir.): *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 30.

controlar y limitar su paz y sosiego. Por tanto, declara la falta en la descripción de los actos que sirven de soporte a la condena, una descripción o mención a que tales actos hayan causado una *grave alteración de la vida cotidiana de la víctima*, siendo este aspecto un elemento esencial del tipo³¹.

Por tanto podemos concluir este apartado, apuntando que el bien jurídico protegido por esta figura delictiva es *la libertad de obrar entendida como la capacidad de decidir libremente*, así como *la seguridad de la víctima*, no pudiendo castigarse las meras molestias aunque generen inquietud e inseguridad en la persona que las sufre. En palabras de la STS 554/2017, de 12 de julio, fundamento de derecho cuarto, con este tipo “*se enfatiza la afectación a la libertad que queda maltratada por esa obsesiva actividad intrusiva que pueda llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento*”³². No obstante, a pesar de que el bien jurídico protegido por el delito de acoso sea la *libertad*, también pueden verse limitados otros bienes jurídicos como el *honor, la integridad moral o la intimidad*, en base a las actuaciones en que consista la conducta acosadora³³.

3.2. Acoso personal.

3.2.1. Tipo básico.

3.2.1.1. Tipo objetivo.

El acoso se trata de un delito tipificado en el art. 172 *ter* del Código penal. Sin embargo, antes de comenzar con el análisis de este concepto desde una perspectiva legal, es interesante hacer referencia a la definición que nos ofrece la Real Academia Española sobre el acoso, pues la misma nos indica que, “*acosar*” consiste en “*perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona...*” y continúa enunciando “*...Apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos.*”³⁴. Por tanto, el acoso es aquella conducta que consiste en perseguir a

³¹ SAP de Madrid, de 30 de marzo de 2022, fundamento de derecho segundo, (rec. núm 193/2022).

³² SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), RAGÜES Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Ed. Atelier, Madrid, 2021, pág. 115.

³³ CÁMARA ARROYO, S.: “La primera condena en España por acecho o stalking”, *Cuadernos de criminología y ciencias forenses*, ISSN 1888-0665, núm. 35, 2016, pág. 40.

³⁴ Disponible en <https://dle.rae.es/acosar>.

una persona, sin descanso, para atraparla; o también, es la acción de insistir en algo o de persistir, que resulta molesta o dañina para otra persona.

Por otro lado, el término *stalking* es un anglicismo que procede del verbo *to stalk*, que significa *seguir sigilosamente o acechar*. Por tanto, el *stalking* es la situación que tiene lugar cuando una persona de manera intencionada persigue de forma obsesiva a otra y la convierte en su objetivo³⁵, es decir, es la expresión que se utiliza para referirse al “*trastorno que tiene una persona que lo lleva a espiar a su víctima*”.

En este sentido, podemos observar que son múltiples las definiciones que tiene el acoso persecutorio, y así lo ha indicado VILLACAMPA, quien nos presenta las tres conceptualizaciones más consideradas por la doctrina internacional. En primer lugar, MELOY Y GOTHARD definen el acoso como un “*patrón de amenaza o acoso anormal de larga duración dirigida específicamente a un individuo*”, por su parte PATHÉ Y MULLEN hablan del acoso como una “*una constelación de comportamientos que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones*”, mientras que WESTRUP propone una definición con tres perspectivas diferentes, pues se trata de “*un comportamiento o una constelación de ellos que, a) se dirigen repetitivamente contra un individuo concreto (el objetivo), b) son experimentados por este como intrusivos y no deseados, c) se considera que pueden causar miedo o preocupación a la víctima.*”³⁶. En consecuencia, la doctrina describe el acoso como un conjunto de actos de carácter intimidatorio, *insistentes y reiterados*, y no consentidas o rechazadas por la víctima.

Ahora bien, atendiendo ya al criterio legislativo, a la hora de describir la infracción acosadora, nuestro legislador ha optado por emplear una técnica compleja consistente en crear una modalidad delictiva básica o genérica, conforme al cual, el delito de acoso persecutorio o *stalking* previsto en el apartado 1º del art. 172 *ter* del Código Penal, se conforma en: “*acosar a una persona, de forma insistente y reiterada, sin estar legítimamente autorizado, a través de alguna de las múltiples y variadas*

³⁵ LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *DELITOS. La parte especial del Derecho Penal.*, 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2021, pág. 152.

³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro”, *ReCrim*, ISSN 1989-6352, 2010, pág. 38 y ss.

*conductas que, a la par, describe en sus siguientes sub-apartados, siempre y cuando la comisión de cualquiera de ellas altere gravemente la vida cotidiana de la víctima*³⁷. Por tanto, en el apartado 1º del artículo se enumeran una serie de conductas, concretamente cuatro, que si cumplen con los requisitos previstos en el mismo, lesionando el bien jurídico de la libertad, serían constitutivas de delito, y por tanto, serían merecedoras de una respuesta penal.

En este orden de cosas, las exigencias previstas en el precepto, que en resumen son, de un lado, el requisito cronológico que hace referencia a la *perdurabilidad* de las conductas acosadoras, y de otro lado, que precisamente por esa continuidad y reiteración, sean aptas para *alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana* de la persona ofendida, permiten configurar el delito de acoso persecutorio como un *delito de resultado*, y no en un *delito de mero peligro*³⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 554/2017, de 12 de julio, fundamento de derecho cuarto, que afirma que el delito de acoso se configura como un delito de resultado, en tanto en cuanto es necesario que las conductas típicas generen de primera mano un grave menoscabo en alguno de los aspectos que integran la libertad de obrar de la víctima, y que ello genere una *grave alteración en la vida cotidiana*, por lo que debe deducirse algo *cualitativamente superior a las meras molestias*³⁹.

En síntesis, cuando hablamos de acoso o “*stalking*” estamos haciendo referencia a la conducta invasiva, amenazante o violenta, a través de la cual el agresor evidencia una atención obsesiva por la víctima, y como consecuencia, esta debe soportar graves incomodidades y alteraciones, logrando el autor del delito el desequilibrio psicológico de aquella, siendo este comportamiento merecedor de un reproche penal.

En este apartado realizaremos un análisis de los requisitos o elementos comunes de esta figura delictiva, así como de las acciones enumeradas en el precepto que dan lugar a las distintas modalidades de ejecución del tipo penal.

³⁷ CARMONA SALGADO, C.: *op. cit.*, nota 18, pág. 159.

³⁸ *Idem*, pág. 160.

³⁹ STS (Sala de lo Penal), de 12 de julio de 2017, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 554/2017).
Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

Pero antes, es necesario aclarar que el delito de acoso se conforma como un delito común, esto significa que puede ser perpetrado por cualquier sujeto. Esto se debe a que el propio legislador utiliza en el precepto la expresión “*el que*” para referirse al sujeto activo, así como también ha optado por utilizar el término “*persona*” para referirse al sujeto pasivo, es decir, quien sufre la conducta acosadora. En consecuencia, podemos señalar que tanto acosador como víctima pueden ser tanto hombres como mujeres, sin especial distinción de género, sin ser relevante la relación que pueda existir entre los sujetos intervinientes.

A. Elementos comunes.

1. “De forma insistente y reiterada”.

El primer requisito que debe cumplir una conducta de acoso para que pueda ser considerada como tal, es que se trate de una *actividad insistente y reiterada*. De este modo, el tipo penal previsto en el art. 172 *ter* del Código Penal, siguiendo el modelo de las legislaciones de derecho comparado, contempla el delito de acoso como un *delito de carácter conductual formado por una pluralidad de actos que tienen por objeto hostigar o intimidar a una persona*⁴⁰. Esta referencia a una *actividad insistente y reiterada* colleva que sea inexcusable la pluralidad de actos para apreciar la correspondiente figura delictual, lo que significa que el actuar aislado o la realización de una conducta casual de las previstas en el artículo no sea relevante criminalmente, es decir, queda excluida de la aplicación del tipo la realización de un solo acto⁴¹.

La ley no ofrece una definición de estos conceptos, y tampoco esclarece el número de acciones pertinentes que deben llevarse a cabo para que la conducta pueda ser considerada como *insistente y reiterada*. Ahora bien, la STS 554/2017, de 12 de julio, fundamento de derecho cuarto, afirma que “*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*”⁴².

⁴⁰ ZARAGOZA TEJADA, J. I.: *op. cit.*, nota 14, pág. 10.

⁴¹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 145.

⁴² STS (Sala de lo Penal), de 12 de julio de 2017, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm.554/2017).

Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

Sin embargo, decidir cuándo una actividad puede ser considerada *insistente y reiterada* es una labor complicada que ha de realizarse analizando caso por caso y atendiendo a las circunstancias concretas. En esta línea se ha manifestado la STS 324/2017 de 8 de mayo, fundamento de derecho tercero y más recientemente la SAP 30/2021 de Madrid, de 1 de febrero, fundamento de derecho quinto, sentencias que rechazan la posibilidad de fijar un concepto específico para determinar cuando la reiteración de los actos obedece las exigencias previstas en el precepto, señalando al respecto que: “*No estamos en condiciones – ni se nos pide – de especificar hasta el detalle cuándo se cubren las exigencias con que el legislador nacional ha querido definir la conducta punible (cuándo hay insistencia o reiteración o cuándo adquiere el estatuto de grave la necesidad de modificar rutinas o hábitos), pero sí de decir cuándo no se cubren esas exigencias*”⁴³.

En dicha sentencia, son hechos probados que el sujeto activo lleva a cabo las siguientes actuaciones de acoso contra su expareja: 1. El día 22 de mayo realiza una serie de llamadas telefónicas (no contestadas), envío de mensajes de voz y fotos con propósitos autolíticos. 2. El día 23 de mayo realiza un intento de entrar en el domicilio de la víctima y llamamiento a distintos telefonillos, cesando únicamente cuando aparece la policía. 3. El día 30 de mayo se presentó en el domicilio de la víctima para reclamarle diferentes objetos de su propiedad. 4. El 31 de mayo se acerca a la víctima en el centro de educación (donde ambos acuden) para reclamarle la entrega de una pulsera.

En este caso el Tribunal Supremo deniega la aplicación del delito de acoso persecutorio o *stalking* argumentando lo siguiente: 1. En este caso estamos ante cuatro episodios que aparecen cronológicamente emparejados (dos y dos) y que cada uno presenta una morfología diferenciada. Por lo tanto, no responden a una misma tendencia criminológica ni revelan un patrón de conducta, sugiriendo más bien impulsos no controlados. 2. No se desprende una vocación de persistencia o intencionalidad que sea susceptible de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de la víctima. 3. Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban

⁴³ SAP de Madrid, de 1 de febrero de 2021, fundamento de derecho quinto, (rec. núm. 30/2021).
Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima⁴⁴.

En consecuencia, la Sala Segunda considera que no se reconoce en esa sucesión de acontecimientos, enmarcadas en una semana, la capacidad para compeler a la víctima a cambiar los hábitos de su vida cotidiana, intimidada por un acoso sistemático sin apariencia de finalizar. Por tanto, señala que no hay datos en este supuesto para pensar que el sujeto activo tiene la voluntad de mantener un patrón de conducta sistemático de acoso durante un largo periodo de tiempo.

Cabe destacar, que el Tribunal Supremo, en consecuencia, acababa señalando que: *“En los intentos de conceptualizar el fenómeno del stalking desde perspectivas extrajurídicas -sociológica, psicológica o psiquiátrica- (...) es muy frecuente (...) exigir también un cierto lapso temporal. Algunos reputados especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones). Otros llegan a hablar de seis meses...”*⁴⁵. No obstante, la Sala de lo Penal considera que estas aportaciones son meramente orientativas, pues no es razonable establecer un *mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí quiere destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad sí es exigencia en el delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana*⁴⁶.

Para poner otro ejemplo, citamos la SAP de Madrid 346/2020, de 14 de noviembre, fundamento de derecho tercero, que declara que *“la conducta de los denunciados careció de la insistencia y reiteración necesaria como para llegar a alcanzar relevancia penal por la vía del artículo 172 ter.1.3ª del Código Penal, pues se trató de un acto puntual y aislado de uso indebido de datos personales de la denunciante para dar lugar a que terceras personas se pusieran en contacto con ella”*⁴⁷.

⁴⁴ STS (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2017, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 324/2017).

⁴⁵ STS (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2017, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 324/2017).

⁴⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: “Exigencias básicas para apreciar el delito de stalking: acoso a pareja sentimental”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 47, 2017, pág. 3.

⁴⁷ SAP de Madrid, de 14 de noviembre de 2020, fundamento de derecho tercero, (rec. núm. 346/2020).

Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

2. “Sin estar legítimamente autorizado”.

La segunda exigencia, implica que el sujeto activo que lleva a cabo “*de forma insistente y reiterada*” algunas de las conductas enumeradas en el apartado 1º del art. 172 *ter* del Código Penal, “*no debe estar legítimamente autorizado*”. Por tanto, en esta ocasión realizaremos un análisis de la cláusula que coincide con el requerimiento formulado por la modalidad genérica de coacciones del art. 172.1 *ter* del Código Penal, y que ha sido objeto de múltiples críticas, siendo calificada la misma de sinsentido con el argumento de que no es sostenible la aceptación de un acoso legítimo⁴⁸.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado propone que este requisito sea eliminado, manifestando en su dictamen sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, que la cláusula da a entender que existen supuestos en los que el acoso está legitimado, cuando esto no es así, pues el acoso en ningún caso podrá estar autorizado o amparado por una norma legal. Partiendo de esto, debemos señalar que la doctrina mayoritaria considera que este requisito tiene una causa de justificación (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, recogido en el art. 20.7ª del CP)⁴⁹, y en concreto como indica VILLACAMPA ESTIARTE, un elemento negativo del tipo⁵⁰.

Además, la autora defiende que sería más adecuado utilizar la expresión “*de modo ilegítimo*”, en lugar de “*sin estar legítimamente autorizado*”, de manera que desaparecerían las dudas de una posible persecución legítima, desplegada en el ámbito de una investigación criminal o a consecuencia del derecho a la libertad de información. Por su parte TAPIA BALLESTEROS, considera que el requisito no es necesario, puesto que cualquier actividad acosadora que esté legitimada no cumple con las exigencia del tipo, al estimar que el bien jurídico protegido es la integridad moral⁵¹.

3. “Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”.

⁴⁸ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 149.

⁴⁹ CARMONA SALGADO, C.: *op. cit.*, nota 18, pág. 165.

⁵⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Delito de acecho/stalking: artículo 172 *ter*”, en AA.VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Dir. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 603, citado en TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 150.

⁵¹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 154.

Finalmente, el tercer requisito del delito supone que la conducta acosadora prevista en el catálogo que nos ofrece el apartado 1º del art. 172 *ter* del Código Penal, debe ocasionar una “*alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima*”.

Esto se debe, como asegura la STS 843/2021, de 4 de noviembre, fundamento de derecho tercero -sentencia a la que haremos alusión en varias ocasiones, ya que asienta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo- a que no es posible que una persona tenga conocimiento o pueda predecir hasta dónde puede llegar el ser humano en el momento de avanzar de actos de acoso a actos de ejecución de violencia, de manera que no se puede procurar que la persona que es víctima de acoso pueda tener la certeza de que esos actos acosadores se van a quedar ahí, o que pueda asegurar cuál va a ser el siguiente paso del acosador. Por consiguiente, la doctrina afirma, que precisamente es esa sensación de incertidumbre que provoca la vigilancia y el acompañamiento personal de un individuo sin conocer sus propósitos, lo que fundamenta la tipificación de esta conducta. Y además, que es esa preocupación e inseguridad del sujeto pasivo con respecto a cuál será el siguiente movimiento del acosador lo que, al mismo tiempo, ocasiona cambios en sus hábitos cotidianos y justifica la imposición normativa del tipo penal de la *alteración grave de su vida*⁵².

En consecuencia, la STS 544/2017, de 12 de julio, fundamento de derecho cuarto, ha manifestado que la conducta delictiva se configura como un *delito de resultado* y no como un *delito de mero peligro*, en la medida en que no es suficiente con el desarrollo de una actividad “*insistente y reiterada*” y “*sin estar legítimamente autorizado*” para cumplir las exigencias del tipo, sino que además, debe generar directamente un grave menoscabo en alguno de los aspectos que integran la libertad de obrar de la víctima provocando como consecuencia necesaria una alteración de su vida cotidiana, por lo que debe entenderse algo *cualitativamente superior a las meras molestias*⁵³.

Sin embargo, como es evidente, se trata de una cláusula excesivamente indeterminada y abierta que ha dado lugar a diversas interpretaciones contradictorias

⁵² STS (Sala de lo Penal), de 4 de noviembre de 2021, fundamento de derecho tercero, (rec. núm. 843/2021).

⁵³ STS (Sala de lo Penal), de 12 de julio, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 544/2017).

Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

por parte de nuestros órganos jurisdiccionales, por lo que este apartado lo dedicaremos a su estudio.

En primer lugar, la ya citada STS 324/2017, de 8 de mayo, fundamento de derecho cuarto -una de las primeras sentencias que trata directamente el delito de acoso-, exige como requisito inexcusable que “*altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*” señalando que: “*para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del “hombre medio”, aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...) que no pueden ser totalmente orilladas*”⁵⁴.

En este sentido, el mandato agregado a las conductas típicas de acoso de la *afectación grave a la vida cotidiana de la víctima* debe orientarse en relación a una *persona media*, es decir, debemos atender a si la conducta de hostigamiento del sujeto activo, en cualquiera de sus modalidades, realizada de manera *insistente y reiterada* motivaría en la persona, que podríamos llamar *normal*, esa alteración en sus comportamientos⁵⁵.

En este orden de cosas, cabe destacar la reciente STS 599/2021, de 7 de julio, fundamento de derecho segundo, que a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura delictiva determina una serie de aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si concurre o no la exigencia de “*alteración grave de la vida de la víctima*”, necesaria para que la conducta sea típica⁵⁶:

1. Debemos comprobar la exigencia de que consten actos de acoso reiterado y persistente que evidencien, y así se deduzca de los hechos probados, una afectación grave o alteración en el devenir de la víctima, en su vida privada, laboral o relaciones con terceros.
2. No hace falta que esos hechos probados le afecten en todas sus esferas de la vida, pero sí que trascienda en una alteración en sus comportamientos que provoque un cambio diferencial, en el “antes” y el “después” a los actos de acoso. Es decir, basta con un cambio relevante en algunas de sus conductas diarias.

⁵⁴ STS (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2017, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 324/2017).

⁵⁵ MUÑOZ CUESTA, J.: *op. cit.*, nota 28, pág. 3.

⁵⁶ STS (Sala de lo Penal), de 7 de julio de 2021, fundamento de derecho segundo, (rec. núm. 599/2021).

Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

3. Debe ser más grave o superior la afectación a las meras molestias ante la inocuidad de los actos. Es decir, algo cualitativamente superior a las meras molestias.

4. Deben concurrir sumando los actos de acoso reiterados y persistentes en el tiempo con la alteración grave de la vida cotidiana, a no confundir con actos que no puedan ser tenidos en cuenta como actos del art. 172 *ter* CP. Por ello, debe partirse de una noción objetiva de la suma de actos de acoso susceptibles de provocar y que provoquen esa alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

5. Para determinar la "*alteración grave de la vida*" hay que atender al estándar del "hombre/mujer medio/a", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...) que no pueden ser totalmente orilladas.

6. Se exige el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo.

7. Los actos probados de acoso deben evidenciar que, en condiciones de normalidad, suponen una obligación de modificar sus hábitos, o la prohibición de realizar determinadas conductas por ese sentimiento de inseguridad que le provoca el acosador por los actos que consten probados.

8. En esta exigencia de que los actos de acoso produzcan una grave alteración de su vida cotidiana el resultado del delito debe interpretarse conforme al patrón objetivo de víctima.

9.- El bien jurídico protegido por el delito de acoso debe estar conectado con sentimiento de seguridad y tranquilidad de la víctima que merece para evitar estos actos acosadores que por su entidad y gravedad le provoquen cambios en su rutina de vida.

10.- Se configura como un delito contra la libertad de obrar. Así, la alteración de las rutinas y hábitos de la víctima viene propiciada, como hemos expuesto, por el atentado contra la tranquilidad y seguridad de la misma.

11. No se exige que se tenga que aportar al juicio una prueba pericial psicológica sobre la que se acredite la afectación a la psique de la víctima de esa situación de acoso o

acecho, y que ello determine una grave alteración de su vida. Es decir, que *no es necesario que la conducta ocasione lesiones psíquicas y por tanto, deba elaborarse un informe médico forense que peritara las mismas.*

Como ejemplo citaremos la SAP de Santa Cruz de Tenerife, 360/2020 de 11 de diciembre, fundamentos de derecho tercero y séptimo⁵⁷. En este supuesto la Sección de la Audiencia Provincial condena al acusado por un delito de acoso contra Dña. Aurora (hija) y a su vez le absuelve de otros dos delitos de acoso contra Dña. Camila y D. Bernabe (padres), argumentando lo siguiente:

1. Por un lado, considera que los hechos declarados probados contra D. Aurora cumplen con las exigencias del tipo penal, pues se detallan más de seis episodios cronológicamente centrados entre septiembre de 2016 y enero de 2017 pero que comenzaron en el año 2015, y cada uno responde a un *mismo patrón o modelo sistemático*, además, muestran una *vocación de persistencia e intencionalidad*, capaz de perturbar los hábitos o la forma de vida de la víctima. En este sentido, son hechos que vistos en su conjunto, suponen algo más que una mera molestia, sobretudo por la *persistencia y la dilatación en el tiempo*, considerándose adecuados para *alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima*, la cual ha tenido que solicitar la baja laboral por un trastorno de estrés postraumático y siente la necesidad de ir acompañada a todos los sitios.
2. Por el contrario, el Tribunal ha valorado que los actos considerados probados contra Dña. Camila y D. Bernabe, no cumplen con las exigencias del tipo penal, pues los actos tenían el propósito de vigilar y buscar la cercanía con su hija, de manera que, el requisito que exige el delito de acoso sobre la *alteración grave de la vida cotidiana* no se cumple, ya que las alteraciones que sufren los padres encuentran su fundamento en la protección que deben dar a su hija frente al acusado, pero no en un grave temor hacia ellos, y las diferentes acciones ejecutadas no han superado los límites de la suma de *meras incidencias*.

⁵⁷ SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de diciembre de 2020, fundamentos de derecho tercero y séptimo, (rec. núm. 599/2021).

Finalmente, debemos recordar que con la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual se ha eliminado el requisito de que esta alteración sea “grave”, lo que amplía en buena medida el ámbito de aplicación de este delito⁵⁸.

B. Modalidades de ejecución.

A diferencia de otras legislaciones, en España, el legislador ha optado por utilizar un *numerus clausus* a la hora de enumerar las conductas que, siempre y cuando cumplan las exigencias previstas en el precepto, es decir, se lleven a cabo “*de forma insistente y reiterada, sin estar legítimamente autorizado y alteren gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima*”, son constitutivas de un delito de acoso persecutorio o *stalking*.

En este sentido, debemos señalar que son cuatro las modalidades que se recogen en el apartado 1º del art. 172 *ter* del Código Penal:

1. Vigilar, perseguir o buscar cercanía física.

Las primeras conductas que dan lugar a esta figura delictiva son las acciones tradicionales de acoso “*vigilar y perseguir*”, que consisten en “*actuaciones encaminadas a permanecer físicamente cerca de la víctima, sin necesidad de que exista ningún tipo de contacto físico, ni concurra ninguna conducta amenazante, lo que se requiere es la proximidad entre sujeto activo y pasivo o, al menos, que la víctima perciba visualmente al autor*”⁵⁹. Estos comportamientos implican controlar los movimientos de una persona en su día a día, lo cual podrá realizarse en primera persona o a través de un tercero, por ejemplo, de un detective privado. Cabe destacar que, tanto la vigilancia como la persecución requieren, por un lado, insistencia y reiteración en la conducta, y por otro lado, se exige que la víctima sea consciente de que está siendo vigilada o perseguida, pues se considera un requisito indispensable que las acciones provoquen un sentimiento de humillación u hostilidad, y que como consecuencia el

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 23ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 170.

⁵⁹ GÓMEZ RIVERO, M. C.: *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial.*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2020, pág. 193.

sujeto pasivo se vea obligado a modificar o alterar el desarrollo de su vida cotidiana, quedando afectado su derecho a la libertad de obrar⁶⁰.

Además, entre estas primeras acciones clásicas de acoso, se añade una tercera “buscar cercanía física”. Esta conducta plantea mayores dificultades, pues esta se presenta como alternativa a las anteriores, como si se tratara de un acto equiparable, cuando en realidad no lo son. TAPIA BALLESTEROS señala que de existir una relación temporal entre “vigilar y perseguir” y “buscar cercanía física”, esta sería posterior a las otras. Por último, como el precepto no señala a partir de qué distancia se considera típica la conducta de “buscar cercanía física”, la autora ha determinado que esta implica una *invasión de la esfera del espacio vital del sujeto, de manera que sea factible el contacto físico sin demasiados movimientos*⁶¹.

Como ejemplo, aludimos a la SAP de Barcelona 109/2019, de 18 de febrero, fundamento de derecho segundo⁶², donde se condena por un delito de acoso del número 1º del apartado 1º del art. 172 ter del Código Penal las siguientes conductas: seguir de manera reiterada a la víctima durante dos meses, hasta el punto de cogerla por el brazo para dirigirse a ella y decirle “*vente conmigo guapa*”, provocando que el sujeto pasivo pida una orden de alejamiento que es concedida⁶³.

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

Otra conducta que constituye un delito de acoso persecutorio es *establecer o intentar establecer contacto con la víctima*, menoscabando así su derecho a libertad de obrar y su sentimiento de seguridad. En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona 44/2022, de 18 de enero, fundamento de derecho primero, que condena por un delito de acoso del número 2º del apartado 1º del art. 172 ter del Código penal, los siguientes actos: “*realizar 44 llamadas seguidas al teléfono móvil de la Sra Matilde el día 16 de julio de 2021, 8 llamadas el día 17 de julio, 13 llamadas el día 18 de julio, 22 llamadas el día 19 de julio, 12 llamadas el día 20 de julio y 7 llamadas el día 25 de julio. De*

⁶⁰ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, págs. 160 y 161.

⁶¹ *Idem*, pág. 160.

⁶² SAP de Barcelona, de 18 de febrero, fundamento de derecho segundo, (rec. núm. 109/2019).

⁶³ GÓMEZ RIVERO, M. C.: *op. cit.* nota 59, pág. 191.

igual modo, en la madrugada del día 18 de julio de 2021 enviar 442 fotografías, a través de un grupo de WhatsApp, en el que previamente, como administrador, y con la finalidad de esquivar el bloqueo que ella le había realizado, había eliminado al resto de participantes. El día 18 de julio de 2021, a las 20.20 horas, efectuar una llamada, en la que, entre otras se expresó en los siguientes términos: "hija de puta", o "vas a acabar conmigo mal, es que ni te imaginas el final, eh cómo vas a acabar..."⁶⁴.

Cabe destacar, que este segundo comportamiento puede cometerse tanto en grado de tentativa como en grado de consumación, es decir, se equipara la conducta consumada y la intentada⁶⁵. De esta manera, constituye una conducta típica el intento de establecer contacto con la víctima, sin que para ello fuera necesario llegar a lograrlo. Sin embargo, la doctrina ha señalado que para poder tipificar el intento de establecer contacto reiterado y/o insistente que se describe en el número 2º del apartado 1º del art 172 *ter* del Código Penal, será necesario que se lleve a cabo, al menos, tres veces⁶⁶. También será necesario que la víctima sea consciente de que el sujeto activo está intentando establecer contacto con ella, y que ese conocimiento le genere una sensación de hostilidad que le haga modificar sus hábitos o el desarrollo de su vida cotidiana⁶⁷.

Finalmente, debemos señalar que esta conducta ha sido muy criticada porque se considera que vulnera el principio de proporcionalidad, pues a tenor literal del precepto, será castigada con la misma pena tanto la tentativa como la consumación del delito ("*establecer o intentar establecer*"), de manera que no sería proporcional la sanción y el resultado dimanado de los actos delictivos⁶⁸.

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

⁶⁴ SAP de Barcelona, de 18 de enero de 2022, fundamento de derecho primero, (rec. núm. 44/2022).

⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO LARRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de DERECHO PENAL. Parte Especial.*, 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2021, pág. 135.

⁶⁶ MATA LLÍN EVANGELIO, A.: "Delito de acoso (artículo 172 *ter* CP)", en AA.VV. (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Dir.), (GÓRRIZ ROYO, E. Y MATA LLÍN EVANGELIO, A., Coord.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 557-558.

⁶⁷ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 161.

⁶⁸ GÓMEZ RIVERO, M. C.: *op. cit.* nota 59, pág. 191.

La tercera modalidad comisiva del tipo penal es la que consiste en adquirir productos o mercancías, o contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con la víctima, mediante el uso indebido de sus datos personales. En consecuencia, el *uso indebido de los datos personales* constituye un atentado a la *libertad* y al sentimiento de *seguridad* de la persona perjudicada que genera la consecuencia característica de esta figura delictiva de *grave alteración de la vida cotidiana*.

En relación con esta modalidad de acoso, TAPIA BALLESTEROS señala que el primer problema lo encontramos en la expresión “*hacer que terceros se pongan en contacto con la víctima*”, pues se trata de una cláusula redundante, ya que, esta acción equivale a la prevista en la anterior modalidad. No obstante, la autora presume que el legislador quiso redactar dos situaciones distintas. De esta manera, en la modalidad anterior, trata de regular aquellos supuestos en los que el sujeto activo pide a un familiar o a un amigo que se ponga en contacto con el sujeto pasivo, y con esta modalidad modalidad, trata de tipificar situaciones tales como dar los datos personales de la víctima o siendo el caso más común, publicar el número de teléfono de la víctima anunciado que ese número presta servicios sexuales⁶⁹. A este respecto, traemos a colación la SJI de Tudela (sección 3ª), de 23 de marzo, fundamento de derecho primero, -sentencia que condena por primera vez a una persona como responsable de un delito de acoso⁷⁰- que declara que en esta modalidad de delito de acoso entraría el supuesto en el que “*el sujeto activo publica un anuncio en Internet ofreciendo algún servicio que provoca que la víctima reciba múltiples llamadas*.”⁷¹.

El segundo problema que observamos de esta conducta, es que el *uso indebido de los datos* del sujeto pasivo para que terceros se pongan en contacto con la víctima, tendrá lugar de forma única, esto quiere decir que, se olvida la *insistencia y reiteración* de la conducta del sujeto activo, que se traslada a un tercero que no tiene por qué conocer el uso indebido de los datos personales de otra persona⁷².

⁶⁹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 162.

⁷⁰ GALLEGO CENOZ, J.: “Primera condena por el nuevo delito de stalking. SJI Tudela (Provincia de Navarra), 23 de marzo 2016”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, pág. 1.

⁷¹ SJI de Tudela (sección 3ª), de 23 de marzo de 2016, fundamento de derecho primero, (rec. núm. 260/2016).

⁷² TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 162.

Finalmente, otro de los problemas que se plantean, es que la acción de *adquirir productos o mercancías o contratar servicios* se absorbe en la modalidad de acoso prevista en el siguiente apartado, en el sentido de que, en la práctica, atenta contra el patrimonio de la víctima⁷³.

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

La última conducta prevista en el listado de acciones que son constitutivas de delito, es atentar contra la libertad o contra el patrimonio de una persona, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella, como por ejemplo la sustracción de pertenencias de las víctimas, así como daños a sus propiedades⁷⁴.

La primera crítica que realiza el Consejo General del Poder judicial, el Consejo Fiscal y la doctrina mayoritaria sobre esta modalidad de acoso, es que a la hora de contemplar las posibles conductas acosadoras, el legislador se ha olvidado de aquellas que atentan contra la vida o contra la integridad, pues se ha limitado a prever aquellas que atentan “*contra la libertad o el patrimonio*”, coincidiendo todos ellos en reclamar la ampliación del catálogo⁷⁵.

Sin embargo, debemos señalar que esta modalidad de conducta se configura como una cláusula abierta, porque no especifica ante qué categoría de atentado contra la libertad o el patrimonio nos encontramos. Por tanto, esta modalidad ejecutiva del delito de acoso es contrario al mandato de taxatividad implícito en el principio de legalidad⁷⁶. De hecho, el legislador no nos indica si estos atentados contra la libertad o el patrimonio son constitutivos de delito o no, es decir, si se refiere a las ya tipificadas en el Código Penal o también a las no tipificadas como delito. En consecuencia, TAPIA BALLESTEROS considera que la respuesta más acertada a este problema es que pueden darse las dos situaciones, y que por tanto, las conductas constitutivas de acoso

⁷³ *Idem*, pág. 163.

⁷⁴ CARPIO BRIZ, D.: “Capítulo II de las amenazas”, en AA. VV. (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Dir.), (GÓRRIZ ROYO, E. Y MATALLÍN EVANGELIO, A., Coord.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 614.

⁷⁵ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 163.

⁷⁶ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.: *Manual de derecho penal. Parte especial.*, Ed. Civitas, Navarra, 2020, pág. 178.

pueden ser a su vez, constitutivas de otros delitos, de acuerdo con la cláusula concursal que prevé el tipo en su apartado 3º; y también podrán atentar contra la libertad o el patrimonio conductas que no llegan a ser delito⁷⁷.

Llegados a este punto, debemos recordar que el Consejo Fiscal en su informe del 20 de diciembre de 2012, decidió excluir la cláusula analógica prevista en el número 5 del apartado 1º del art 172 *ter* del Código Penal, que configuraba el delito de acoso como un tipo penal abierto, señalando que: “*realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores*”, pues consideraron que generaba inseguridad jurídica y podía ser contrario al principio de legalidad y taxatividad⁷⁸.

3.2.1.2. Tipo subjetivo.

El delito de acoso persecutorio o *stalking* solo será punible cuando sea doloso⁷⁹. En este sentido, el tipo subjetivo de esta figura delictiva exige que el autor tenga conocimiento de la capacidad que tiene su conducta para alterar el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. De hecho la STS 628/2022, de 23 de junio, fundamento de derecho primero, señala que normalmente puede afirmarse que esa capacidad la tiene cualquier persona con una formación media y con sus capacidades generales de comprensión no alteradas⁸⁰.

En consecuencia, el delito de acoso se configura como un delito doloso en el sentido de que el dolo, debe abarcar tanto el elemento intelectual como el volitivo, a los medios empleados, es decir, los elementos que integran el tipo objetivo, y al resultado que se pretenda conseguir, es decir, el resultado de la acción acosadora⁸¹. Dicho de manera más sencilla, el sujeto activo debe tener conocimiento de que está acosando a otra persona y además, debe querer hacerlo.

A esto, TAPIA BALLESTEROS añade que, además del dolo, debe requerirse la concurrencia de un *animus exagitandi* (ánimo de acosar) o *animus insidiendi* (ánimo de

⁷⁷ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 164.

⁷⁸ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013.

⁷⁹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 165.

⁸⁰ STS (Sala de lo Penal), de 23 de junio, fundamento de derecho primero, (rec. núm. 628/2022).

⁸¹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 165.

acechar), que conceda unidad de acción a las distintas actuaciones que el sujeto activo efectúa. Con esta propuesta, se podría prevenir la punición de conductas que sean simplemente molestas así como los supuestos de dolo eventual, y solo tendría cabida en el tipo la actuación del sujeto activo con dolo directo⁸².

3.2.2. Tipos agravados.

Este apartado lo dedicaremos a realizar un estudio de las circunstancias agravantes del tipo básico del delito de acoso persecutorio o *stalking*, en atención a las características del sujeto pasivo. En este sentido, debemos señalar que son dos las modalidades agravadas que prevé el art. 172 *ter* del Código Penal.

Por un lado, en el apartado primero del art. 172 *ter*, la cláusula final dispone: *“Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.”*. Como ejemplo jurisprudencial, invocamos la SAP de Cáceres 225/2020, de 9 de octubre, fundamento de derecho segundo; en esta sentencia el Tribunal declara que no procede la aplicación del subtipo agravado del párrafo primero *in fine*, pues a la vista de los hechos que resultan de las pruebas practicadas se deduce que no es posible condenar al acusado en virtud de dicho tipo agravado debido a que en el momento *“ignoraba la edad del sujeto pasivo y esta desconocía quien era el que llamaba”*, de manera que no ha concurrido el dolo específico de coartar la libertad de una menor de edad, pues el sujeto activo *“no conocía la edad de la persona que había colgado en un chat el teléfono móvil”*⁸³. Por tanto, en este supuesto estaríamos ante la primera modalidad delictiva agravada de acoso, de la que debemos destacar los siguientes aspectos.

El primer problema que plantea esta cláusula es que no especifica los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar cuando una persona puede ser considerada especialmente vulnerable por razón de la edad o enfermedad. Generalmente, cuando hablamos de una “víctima especialmente vulnerable” nos referimos a colectivos que, por sus propias características, o por la clase de delito del que ha sido objeto, se encuentran en una posición de indefensión, son susceptibles de ser víctimas o es más

⁸² *Idem*, pág. 166.

⁸³ SAP de Cáceres, de 9 de octubre de 2019, fundamento de derecho segundo, (rec. núm 225/2019).

Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

fácil que sean objeto de una victimización reiterada y/o intimidación⁸⁴. En relación con la edad, el texto original del Código Penal, solo alude a ella como elemento delimitador de víctima especialmente vulnerable, en referencia a los menores de edad. No obstante, TAPIA BALLESTEROS entiende que las alusiones generales a la edad, no van referidas solo a los menores de edad, sino que debe interpretarse que el legislador se está refiriendo a las “personas mayores”. Por otro lado, en cuanto a la enfermedad, la autora considera que no cualquier tipo de enfermedad será objeto de protección, sino que será necesario que se trate de una enfermedad que ponga a la víctima en una situación de fragilidad, es decir, deberá ser una enfermedad crónica o terminal.

El otro problema que observamos en esta cláusula, es el relativo a la “situación”, pues no se delimita ningún aspecto que nos permita identificar a qué clase de situación hace referencia. Sin embargo, TAPIA BALLESTEROS parece identificarla con una situación de dependencia económica o emocional, e incluso física, cuando esta no pueda incluirse dentro de la vulnerabilidad por razón de la edad o enfermedad⁸⁵.

La segunda modalidad agravada del delito de acoso está prevista en el apartado 2º del art. 172 *ter* del Código Penal, que señala: “*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.*”. Por tanto, en este caso se considera una circunstancia agravante que la víctima sea alguna de las personas enumeradas en el art. 173.2 del Código Penal, es decir, cuando el sujeto pasivo sea una mujer con la que el sujeto activo haya tenido o tenga una relación sentimental, o sea algunas de las personas previstas en el catálogo definidas por la relación familiar o de dependencia que les une con el sujeto activo⁸⁶. Cabe destacar, que dicho listado se incorporó mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En este caso, nos interesa la aplicación del agravante desde una perspectiva de género cuando la víctima “*sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a este por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*”.

⁸⁴ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 197.

⁸⁵ *Idem*, pág. 200.

⁸⁶ *Idem*, pág. 201.

El origen de esta modalidad delictiva agravada encuentra su fundamento en la estrecha relación existente entre los delitos relativos a la violencia familiar, sobre todo en la denominada violencia de género y el acoso. Por tanto, podemos afirmar que este tipo agravado tiene un doble sustento, por un lado, como es común en todo delito de acoso, la relativa a la libertad y seguridad de la víctima, y por otro lado, en lo específico de la agravación, en la preservación de la integridad moral de aquellas personas que están unidas por las relaciones que se comprenden en el art. 173.2 CP, entre ellas las relaciones de pareja o ex parejas⁸⁷.

El estudio del agravante en las relaciones de pareja o ex pareja en cuanto a los actos concretos de acoso que recaen en la mujer, debe hacerse desde la perspectiva de género, en los que aparecerá una *situación de dominio o poder que quiere ejercerse sobre la mujer, haciendo saber a la víctima la dominación que se despliega sobre ella*⁸⁸. De hecho, es muy interesante mencionar la STS 843/2021, de 2 de noviembre, fundamento de derecho cuarto -asentada por la reciente STS 628/2022, de 23 de junio-, que declara: *“el acoso tiende a acabar con la resistencia de la víctima con un “no” a las pretensiones del acosador; a fin de que aquella reciba el mensaje de que es preferible ceder a acabar con la causación por el acosador de un mal mayor físico sobre su vida o integridad física*⁸⁹, *pues dicha perspectiva “es la única que va a permitir entender la posición en la que se encuentra la víctima ante serios y clarividentes actos de acoso por parte de su ex pareja”*⁹⁰.

Por tanto, nos referimos a un escenario de previa separación en el que el sujeto activo no la asume y esta es la razón eficiente de sus comportamientos acosadores dirigidos precisamente a lograr que la persona perjudicada regrese con él, por encima de haberle expresado su voluntad de finalizar la relación. De esta manera, el acosador pone en la vida de la víctima todo un conjunto de conductas dirigidas a que comprenda que

⁸⁷ MUÑOZ CUESTA, J.: *op. cit.*, nota 28, pág. 7.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ STS (Sala de lo Penal), de 4 de noviembre de 2021, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 843/2021).

⁹⁰ STS (Sala de lo Penal), de 4 de noviembre de 2021, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 843/2021).

"o acepta regresar o no cesará en el acoso". Con ello, se traslada a la víctima que la única solución para no ser acosada es la de someterse a las pretensiones del autor⁹¹.

Por ende, esta modalidad agravada del delito de acoso tiene como finalidad *prevenir la posibilidad de una elevación del estado de peligro real de la víctima en el caso de persistencia en los actos de acoso y la posibilidad de un salto cualitativo en las acciones del sujeto que puedan concretarse en un atentado contra la integridad física o la vida de la mujer*⁹².

No obstante, debemos señalar que esta cláusula también ha sido objeto de múltiples comentarios, pues a la hora de aplicar este tipo agravado, cuando la víctima se trata de la persona que "*es o ha sido cónyuge*" del sujeto activo, no se plantean graves inconvenientes. En cambio, cuando la víctima se trata de una "*persona que está o ha estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*", surgen numerosos problemas para delimitar qué relación de pareja puede ser calificada como "*análoga a la conyugal*".

Como ejemplo de enfoque jurisprudencial citaremos la STS 117/2019, de 6 de marzo, fundamento de derecho tercero: En el supuesto, el recurrente presentó un recurso de casación argumentando que la pena por el delito de acoso no debe ser la prevista en el art. 172 *ter* 2º del Código Penal (de 1 a 2 años de prisión), ya que esta norma sólo se aplica, entre otras, a las personas vinculadas en matrimonio o que tengan una análoga relación de afectividad, sino la establecida en el apartado 1º del mismo precepto (3 meses a 2 años), pues considera que la pena impuesta ha sido la mínima, pero de un precepto que no ha sido aplicado correctamente⁹³.

En consecuencia la Sala Segunda trae a colación, entre otras, la STS 1348/2011, de 14 de diciembre, fundamento de derecho quinto, que señala como notas definitorias de esa relación "*análoga a la conyugal*", la continuidad y la estabilidad. Así pues, por *continuidad* debe entenderse la habitualidad en el modo de vida en común que

⁹¹ STS (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre de 2020, fundamento de derecho primero, (rec. núm. 717/2020).

⁹² MUÑOZ CUESTA, J.: *op. cit.*, nota 28, pág. 7.

⁹³ STS (Sala de lo Penal), de 6 de marzo de 2019, fundamento de derecho tercero, (rec. núm. 117/2019).

Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

exterioriza un proyecto compartido, y la *estabilidad* comporta una idea de permanencia en el tiempo⁹⁴.

Sin embargo, la ausencia de criterios objetivos de delimitación obliga a recurrir a la valoración de la voluntad o intención de estabilidad de los sujetos intervinientes y en este sentido se ha pronunciado la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, fundamento de derecho primero, señalando que: *"Cuestionándose en el motivo la concurrencia del primero de los requisitos, sin duda no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos de juzgados y audiencias especializados en violencia sobre la mujer, en entender que en el referido precepto estarían comprendidas determinadas relaciones de noviazgo, siempre que exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo, las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. Será, por tanto, una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permiten advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación"*⁹⁵.

Por otro lado, para determinar el noviazgo como *"análoga a la conyugal"* también se ha tenido en cuenta la duración de la relación. De esta manera, la STS 640/2017, de 28 de septiembre, fundamento de derecho quinto, aplicó la agravación en un noviazgo de un año⁹⁶, mientras que en la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, fundamento de derecho décimo, no se aplicó porque la duración del noviazgo fue de un mes⁹⁷.

En conclusión, no faltan pronunciamientos en los que se declare que se debe profundizar en las características o circunstancias de la relación concreta para

⁹⁴ STS (Sala de lo Penal), de 14 de diciembre de 2011, fundamento de derecho quinto, (rec. núm. 1348/2011).

⁹⁵ STS (Sala de lo Penal), de 23 de diciembre de 2011, fundamento de derecho primero, (rec. núm. 1376/2011).

⁹⁶ STS (Sala de lo Penal), de 28 de septiembre de 2017, fundamento de derecho quinto, (rec. núm. 640/2017).

⁹⁷ STS (Sala de lo Penal), de 23 de diciembre de 2011, fundamento de derecho décimo, (rec. núm. 1376/2011).

considerar si es o no “*análoga a la conyugal*”⁹⁸, como por ejemplo en “*la existencia de determinada afectividad, frecuencia en el trato, convivencia o no, estabilidad, mantenimiento o no de relaciones sexuales, y, muy particularmente, el proyecto compartido de contraer matrimonio o, al menos, una relación suficientemente especificada que nos permita valorar si se asimila o no a la de los esposos*”, según lo dispuesto en la STS 807/2015, de 23 de noviembre, fundamento de derecho cuarto⁹⁹.

En el presente caso la relación de noviazgo tuvo una duración de seis meses, no muy dilatada en el tiempo y sin convivencia, y ante estas circunstancias el Tribunal Supremo decidió que la aplicación del tipo agravado resultaba improcedente¹⁰⁰, conforme a los argumentos que acabamos de exponer.

3.3. Acoso mediante el uso indebido de la imagen de otro.

En la actualidad, como es evidente, las nuevas tecnologías de la información y comunicación se desarrollan cada vez a una mayor velocidad, viéndose el legislador obligado a ponerse rápidamente al día para poder hacer frente a todas las nuevas conductas criminológicas que nacen como motivo de esta revolución tecnológica. De hecho, las diferentes figuras delictivas que se han ido incorporando en nuestro Código Penal a través de las últimas reformas, es prueba de ello. Entre ellas podemos destacar, el *Childgrooming* (art. 183 *ter* del CP), el *Revenge Porn* (art. 197.7 del CP), y la *intrusión en sistemas informáticos* (art. 197.2 del CP), todas ellas introducidas por la LO 1/2015, o el *enaltecimiento terrorista a través de la red* (art. 578.4 del CP) añadido por LO 2/2015¹⁰¹.

También cabe destacar, la reforma normativa realizada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha modificado varios preceptos del Código Penal, y ha permitido al legislador introducir otros dos tipos penales especialmente relevantes, que son, la *inducción al suicidio a través de la red* (art. 143 *bis* del CP), y la *inducción a la autolesión a través de nuevos*

⁹⁸ STS (Sala de lo Penal), de 6 de marzo de 2019, fundamento de derecho tercero, (rec. núm. 117/2019).

⁹⁹ STS (Sala de lo Penal), de 23 de noviembre de 2015, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 807/2015).

¹⁰⁰ STS (Sala de lo Penal), de 6 de marzo de 2019, fundamento de derecho tercero, (rec. núm. 117/2019).

¹⁰¹ ZARAGOZA TEJADA, J. I.: *op. cit.*, nota 14, pág. 2.

medios tecnológicos (art. 156 *ter* del CP). La inserción de estas dos figuras delictivas obedece, como ha señalado el propio legislador, *a evitar la impunidad de conductas realizadas a través de los medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores de edad, así como una gran alarma social*. De manera que, quienes promuevan el suicidio, la autolesión, o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual, a través de estos recursos, será condenados¹⁰².

Dicho esto, debemos señalar que el *ciberacoso*, como comportamiento situado dentro del delito de acoso del art. 172 *ter* del Código Penal, hace referencia al hostigamiento sufrido, usando como vía *internet*, y de manera muy habitual a través de las *redes sociales*. En este sentido, art. 172 *ter* del Código Penal, en su apartado 1º número 2º, establece que será autor de delito de acoso el que “*establezca o intente establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas*”¹⁰³.

De hecho, el precepto se ha modificado para conseguir su mejor adaptación al entorno social en el que se desenvuelven las relaciones interpersonales actuales, que cada vez están más invadidas por el avance digital e informático, viéndose favorecidas además, por el cómodo acceso y uso de las redes sociales, teniendo como resultado un notable aumento en la comisión de este tipo de conductas delictivas, además de la aparición de víctimas de *ciberacoso*.

Otra conducta muy frecuente es el *cyberbullying*. Este tipo penal muestra características similares al delito de *ciberacoso*, debido a que ambos consisten en la articulación de insultos, palabras denigratorias, vejatorias u otros actos similares que producen un menoscabo en la integridad física y/o moral de la víctima, ofendiendo sus sentimientos o haciéndolo sentir avergonzado, juzgado o señalado por la sociedad. En definitiva, configuran dos conductas delictivas distintas con un objetivo común, que es siempre el hostigamiento de la víctima, con la singularidad de que ambas se cometen a través del uso de las redes sociales¹⁰⁴.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delito-stalking-analisis-articulo-172-ter-cp-65300>.

¹⁰⁴ Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delito-stalking-analisis-articulo-172-ter-cp-65300>.

A colación del *ciberacoso* se introduce el nuevo apartado 5º al art. 172 *ter* del Código Penal por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: “5. *El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses*”.

De manera que, a través de la ya citada LO 10/2022, se introduce una nueva modalidad de acoso persecutorio o *stalking*, a la que han querido denominar “*acoso mediante el uso indebido de la imagen de otro*”, acomodada en el apartado 5º del propio art. 172 *ter* del Código Penal. Esta nueva cláusula, castiga con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses a quien, sin consentimiento de su titular, “*utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública*”.

A pesar de la ausencia de jurisprudencia sobre esta nueva figura delictiva, dada a su muy reciente incorporación en nuestro texto punitivo, cabe destacar que este nuevo delito tratará de eludir las dificultades que planteaba el castigo de este tipo de conductas a través del delito de *usurpación del estado civil* del art. 401 del Código Penal. No obstante, debemos tener en cuenta que, como es lógico, la conducta solo será punible por este nuevo tipo penal cuando la misma ocasione a la víctima una “*situación de acoso, hostigamiento o humillación*”, exigencia esta que justifica su inclusión en el art. 172 *ter* del Código Penal¹⁰⁵.

3.4. Cláusula concursal.

Cuando un sujeto lleva a cabo una cadena de conductas puede suceder que todas ellas colmen en un único delito o varios, de manera que se hace necesario resolver los problemas que se plantean a la hora de subsumir los hechos acontecidos en la realidad dentro de las figuras delictivas previstas en nuestro Código Penal. En consecuencia, nace la Teoría del Concurso de delitos, que nos ayuda a resolver las dudas que nos puedan surgir entre los tipos penales que guardan alguna relación. Para ello, es

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, nota 58, pág. 171.

fundamental tener en cuenta la *triple identidad* (sujetos, hechos y fundamentos) que ha sido creada por el Tribunal Constitucional como criterio de vulneración del principio *non bis in ídem*¹⁰⁶.

Por tanto, no se podrá sancionar dos veces por los mismo hechos, cuando los sujetos intervinientes sean los mismos, y también el bien jurídico protegido. Por esta razón, las reglas que rigen en nuestro ordenamiento jurídico para solucionar los problemas concursales son las previstas en los art. 8, 73 y 78 del Código Penal, las cuales se complementan con las cláusulas de concurso específicas que el legislador fija para determinados delitos¹⁰⁷.

En este sentido, debemos señalar que el delito de acoso persecutorio contempla una cláusula de concurso efectivo de delito, ya que el apartado 3º del art. 172 *ter* del Código Penal dispone: “*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.*”. Por tanto, esta cláusula concursal permite la posibilidad de establecer concursos de delitos entre las conductas delictivas que se ejecutan con el fin de acosar, y la conducta típica de acoso prevista en el propio art. 172 *ter* del Código Penal.

Sin embargo, debemos señalar que esta cláusula ha sido criticada por la doctrina, por considerar que vulnera el principio *non bis in ídem*. De hecho, GALDEANO SANTAMARÍA considera 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 ambos delitos comparten bien jurídico protegido, en este caso el derecho a la libertad¹⁰⁸.

Para solucionar este problema, VILLACAMPA ESTIARTE propone crear una cláusula de subsidiariedad expresa, que disponga: “*salvo que los hechos constituyeren un delito más grave.*”¹⁰⁹. De manera que, según la autora, el delito de acoso no sería de aplicación cuando los hechos que configuran el mismo, atentan contra la libertad¹¹⁰.

¹⁰⁶ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 186.

¹⁰⁷ *Idem*, pág. 187.

¹⁰⁸ *Idem*, pág. 188.

¹⁰⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídica-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 303.

¹¹⁰ TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 190.

GALDEANO SANTAMARÍA, ha sido más rígida a la hora de plantear una solución y defiende directamente su supresión¹¹¹.

Cabe destacar, que TAPIA BALLESTEROS entiende que se trata de una cláusula desacertada, sin embargo en los casos en los que no se declare su inconstitucionalidad por vulnerar el principio *non bis in ídem*, deberá ser aplicada. De hecho, la autora considera que esta cláusula está prevista solo para aquellos casos en los que se proteja un bien jurídico distinto a los citados o a hechos delictivos en los que no exista una identidad de sujetos¹¹².

Por último, LUZÓN CUESTA señala que teniendo en cuenta que las conductas enumeradas en el apartado 1º del art. 172 *ter* son *numerus clausus*, en principio la regla concursal estaría prevista para todos los delitos contra la libertad o el patrimonio de la víctima, o de otra persona próxima a ella, realizados dentro de esa situación de acoso, para impedir que el acosador pueda resultar privilegiado respecto de otros sujetos por aplicación del principio de especialidad, en vista a que la penalidad del tipo básico de acoso permite imponer pena de multa¹¹³.

3.5. Condición de procedibilidad.

El delito de acoso persecutorio o *stalking* se configura como un delito de naturaleza semipública. Como sabemos, los delitos semipúblicos son aquellos que para poder ser perseguidos necesitan como requisito de procedibilidad que haya una denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y una vez iniciado el proceso penal, se actúa como si de un delito público se tratara.

Esto se debe a que el propio art. 172 *ter* del Código Penal, en su apartado 4º, establece la necesidad de interponer una denuncia previa por parte del sujeto pasivo perjudicado o su representante legal, para que se persiga el delito, al disponer: “Los

¹¹¹ GALDEANO SANTAMARÍA, A.: “Acoso-Stalking: artículo 172 *ter*”, en AA. VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Dir, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 572, citado en TAPIA BALLESTEROS, P.: *El nuevo delito de acoso o stalking*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016. pág. 190.

¹¹² TAPIA BALLESTEROS, P.: *op. cit.*, nota 4, pág. 191.

¹¹³ LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 23ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2021, pág. 109.

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

No obstante, nos encontramos con una excepción en el apartado 2º del art. 172 ter: *“Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, (...). En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.”*. En consecuencia, el delito de acoso tiene naturaleza pública cuando el sujeto pasivo sea víctima de violencia de género y/o doméstica, de manera que, el delito podrá ser perseguido de oficio, sin que para ello se requiera la interposición de una denuncia previa cuando la víctima sea alguna de las personas enumeradas en el art. 173.2 del Código Penal.

Como ejemplo jurisprudencial, citaremos la SAP de Barcelona, 121/2019, de 7 de febrero, fundamento de derecho cuarto, que condena por un delito de acoso en el ámbito familiar, es decir, por un delito de acoso cometido contra una persona de las previstas en el art 173.2 del Código Penal, concretamente contra la ex pareja sentimental, declarando que *“la calificación jurídica que cuestiona el recurrente es correcta, y que por tanto debe mantenerse en su integridad”*, y continúa señalando que *“cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días”*, y que por tanto, *“en este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo”*¹¹⁴.

4. Conclusiones.

Este último apartado lo dedicaremos a realizar una recapitulación de las ideas más importantes para poder mostrar también nuestro punto de vista.

En primer lugar, en relación con el bien jurídico protegido, que como hemos concluido es el derecho a la *libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente*, así como *la seguridad de la víctima*, debemos señalar que, a nuestro modo de ver, se trata de una cuestión bastante problemática, pues consideramos que es un tema que abre las puertas a la subjetividad, permitiendo que se coloque como protagonista del mismo.

¹¹⁴ SAP de Barcelona, de 2 de febrero de 2019, fundamento de derecho cuarto, (rec. núm. 121/2019).
Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

En vista de que el delito de acoso tiene como objeto condenar precisamente aquellas conductas que generan miedo, angustia o inseguridad al sujeto pasivo, lesionando su derecho a la libertad y a la seguridad, y provocando como consecuencia que se vean gravemente alteradas sus rutinas y costumbres de vida, el desafío consiste en delimitar cuando nos encontramos ante actos que producen unas simples molestias, pero que no afectan al bien jurídico protegido, y cuando los actos pueden realmente limitar la libertad de obrar de la víctima, puesto que lo que para una persona puede suponer una mera molestia, para otra, podría entrañar una grave mortificación viéndose obligada a modificar todos los hábitos de su vida para evitarla. De hecho, consideramos que esta particularidad puede ser bastante peligrosa porque podría tener como resultado una respuesta desafortunada, como por ejemplo, que una conducta acosadora grave no sea condenada porque el sujeto pasivo pudiera tener una gran resistencia psíquica, de manera que esas acciones no le generarían ningún tipo de temor, y por tanto, no se vería limitada su libertad, o por el contrario, que otros actos no tan graves cometidos contra una persona extremadamente sensible, le provoquen una alteración de sus rutinas y puedan ser penalizados.

En segundo lugar, en el marco de la tipicidad, la primera de las críticas va dirigida a la necesidad de que la conducta típica prevista en el art. 172 *ter* del Código Penal sea “*insistente y reiterada*”, en cuanto tampoco se determina cuando debe entenderse que un comportamiento se ha llevado a cabo de dicha forma y cuando no, configurándose este asunto, de nuevo, como una cuestión subjetiva. En relación, podemos recordar la STS 324/2017 de 8 de mayo, fundamento de derecho tercero, donde se rechazaba la posibilidad de tipificar las conductas como un delito de acoso.

Por otro lado, en cuanto a la exigencia de que la conducta típica “*altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima*”, configurándose así el delito de acoso como un delito de resultado, debemos señalar que también da lugar a diversas controversias. A nuestro pensar, esta cláusula tiene tantos puntos positivos como negativos, pues por un lado, consideramos adecuado, como es lógico, que para poder condenar la conducta se exija un resultado, pero por otro lado, entendemos que tampoco es acertado que la víctima se vea obligada a modificar su vida cotidiana para que los comportamientos sean castigados, pues parece que la víctima está obligada a

hacer algo para evitar el acoso, en lugar de simplemente penalizar al sujeto activo que lo comete. Un ejemplo de esto sería que el sujeto pasivo sufriera graves actos de acoso por parte del sujeto activo, y que los denuncie, pero que decida, por conveniencia de su estabilidad emocional, que no se va a ver afectado en su vida cotidiana, o que por razones de principio o mera necesidad vital las soporte consciente de la ilegalidad de la acción del sujeto activo, y no por ello debería gozar de una menor protección.

Respecto a la enumeración de las modalidades de ejecución del delito de acoso persecutorio o *stalking*, como hemos analizado, se trata de un *numerus clausus* previsto en los números 1º a 4º del apartado 1º del art. 172 *ter* del Código Penal, que cumple con el principio de seguridad jurídica y taxatividad, respetando la necesaria certeza sobre lo que es punible y lo que no. Sin embargo, como gran parte de la doctrina, consideramos que el acoso puede cometerse a través de una gran pluralidad de conductas distintas a las tipificadas, como por ejemplo, las denuncias y demandas continuas y abusivas por quien no acepta la ruptura de una relación tendría difícil encaje en este delito¹¹⁵. En este sentido, tal y como está redactado actualmente el precepto, si el sujeto activo comete alguna conducta que no esté prevista en el mismo, aunque provoque una grave alteración en la vida cotidiana de la víctima, lesionado su libertad de obrar y seguridad, podrá resultar impune o castigado por otros tipos penales. Esto no quiere decir, que entendamos que el delito de acoso deba configurarse como un tipo penal abierto, pues esto generaría una gran inseguridad jurídica, existiendo la posibilidad de que conductas no tipificadas sean condenadas, simplemente queremos destacar que es otro elemento de la redacción del tipo penal que da lugar a una inmensidad de debates.

En cuanto al tipo agravado del delito de acoso previstos en el apartado 2º del art. 172 *ter* del Código Penal, para cuando el sujeto pasivo es una persona a las que refiere el apartado 2º del artículo 173, consideramos acertada la decisión de agravar la pena en estos supuestos, pues la gran mayoría de los delitos de acoso se cometen cuando entre los sujetos implicados ha existido previamente cualquier tipo de relación, ya sea sentimental o familiar -y a su vez supone una mayor afectación emocional y psicológica

¹¹⁵ JIMÉNEZ SEGADO, C.: “Stalking o «stalkeo»: el delito de acoso persecutorio.”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 925, 2016, pág. 3.

para la víctima-¹¹⁶, mientras que las situaciones en las que se producen estos delitos entre desconocidos son menos frecuentes, aunque también existentes.

Concluimos señalando que, la incorporación del art. 172 *ter* del CP, y por consiguiente, la tipificación de las conductas de acoso o *stalking*, a pesar de todas las críticas de las que ha sido objeto, es necesaria porque el acoso es un hecho muy grave, que cambia la vida de la víctima, su comportamiento consigo misma, y con los demás. Sin embargo, consideramos que se trata de un tipo penal que deberá ser constantemente reformado para ajustarlo a las necesidades reales del momento. Un ejemplo de ello, es la última modificación del precepto a través de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, con la que se introduce una nueva modalidad de acoso en el apartado 5º del mismo, “*el acoso mediante el uso indebido de la imagen de otro*”, como consecuencia del gran avance de las nuevas tecnologías.

¹¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., PUJOLS PÉREZ, A.: “Percepciones sociales en torno al stalking: trascendencia y respuesta jurídica”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018, pág. 6. Cmno de La Hornera, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail: facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

5. Bibliografía.

CÁMARA ARROYO, S.: “La primera condena en España por acecho o stalking”, *Cuadernos de criminología y ciencias forenses*, ISSN 1888-0665, núm. 35, 2016.

CARMONA SALGADO, C.: *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso (Aspectos criminológicos, políticos criminales, sustantivos y procesales)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

CARPIO BRIZ, D.: “Capítulo II de las amenazas”, en AA. VV. (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Dir.), (GÓRRIZ ROYO, E. Y MATALLÍN EVANGELIO, A., Coord.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

GALLEGO CENOZ, J.: “Primera condena por el nuevo delito de stalking. SJI Tudela (Provincia de Navarra), 23 de marzo 2016”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016.

GÓMEZ RIVERO, M. C.: *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial.*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2020.

GÓMEZ RIVERO, M. C.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en AA.VV. (MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., Dir.): *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JIMÉNEZ SEGADO, C.: “Stalking o «stalkeo»: el delito de acoso persecutorio.”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 925, 2016.

LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *DELITOS. La parte especial del Derecho Penal.*, 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2021.

LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 23ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2021.

MATALLÍN EVANGELIO, A.: “Delito de acoso (artículo 172 ter CP)”, en AA.VV. (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Dir.), (GÓRRIZ ROYO, E. Y MATALLÍN EVANGELIO, A., Coord.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 23ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MUÑOZ CUESTA, J.: “Acoso personal: perspectiva de género. La alteración de la vida cotidiana debe contenerse en los hechos probados de la sentencia condenatoria.”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2022.

ROIG TORRES, M.: “Regulación del stalking en Alemania: la reciente reforma del delito de persecución (nachstellung) del § 238 STGB”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: “Exigencias básicas para apreciar el delito de stalking: acoso a pareja sentimental”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 47, 2017.

ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.): *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2022.

SALAT PAISAL, M.: “Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violencia de género de escasa gravedad: el caso de stalking”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2018.

SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO LARRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de DERECHO PENAL. Parte Especial.*, 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Ed. Atelier, Madrid, 2021.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.: *Manual de derecho penal. Parte especial.*, Ed. Civitas, Navarra, 2020.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro”, *ReCrim*, ISSN 1989-6352, 2010.

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

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La introducción del *atti persecutori* en el Código penal italiano”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., PUJOLS PÉREZ, A.: “El tratamiento jurídico del *stalking* desde el prisma de las víctimas y los profesionales: resultados de un análisis cualitativo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., PUJOLS PÉREZ, A.: “Percepciones sociales en torno al *stalking*: trascendencia y respuesta jurídica”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018.

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

ZARAGOZA TEJADA, J. I.: “Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de *stalking*”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.8, 2021.