

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2016/2017

Convocatoria: Junio

CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO DELITO DE ACOSO.

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE STALKING CRIME.

Realizado por la alumna Suleima Álvarez Álvarez.

Tutorizado por la Profesora: D^a Fátima Candelaria Flores Mendoza.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Penal.

ABSTRACT

The object of this dissertation is the analysis of stalking crime. This has been introduced recently into our legal system, through Organic Law 1/2015, of March 30, which modifies the Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code.

Firstly, we will analyze if it was necessary to introduce this criminal figure or if, on the contrary, it was sufficient with the crimes that were previously regulated. For this, we will study the jurisprudential treatment that these behaviors had before the legislative reform.

Finally, we will try to study in detail the elements of this crime in a critical way, showing the possible interpretative problems that some of them may present

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis del delito de hostigamiento, conocido habitualmente como delito de *stalking*, que se ha introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico recientemente a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Para ello, en primer lugar, nos ocuparemos de dilucidar si realmente era necesaria la tipificación o si, por el contrario, viene a cubrir necesidades para las que eran ya satisfactorias otras figuras delictivas previamente recogidas en nuestro Código Penal.

En segundo y último lugar, para finalizar nos ocuparemos de estudiar pormenorizadamente los elementos de este delito de una forma crítica, mostrando los posibles problemas interpretativos que pueden presentar algunos de ellos, así como el posicionamiento de la doctrina al respecto de estos y las soluciones que se plantean.

CONTENIDO

1. Introducción.....	3
2. Origen y antecedentes legislativos.....	4
3. Tratamiento jurisprudencial del acoso antes de la reforma.....	7
3.1 Coacciones y acoso.....	7
3.2 Vejaciones injustas y acoso.....	9
3.3 Conclusiones del análisis.....	10
4. Bien jurídico tutelado.....	11
5. Tipo básico del delito.....	13
5.1 Acción típica y conductas alternativas.....	13
5.2 Insistencia y reiteración.....	16
5.3 Resultado típico.....	17
5.4 Dolo.....	19
5.5 Causas de justificación.....	20
5.6 Clausula concursal.....	23
6. Conclusiones personales.....	24
7. Bibliografía.....	27

1. INTRODUCCIÓN

El legislador, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, ha introducido numerosas novedades en nuestro ordenamiento jurídico-penal, tales como la controvertida prisión permanente revisable, la supresión de las faltas o la introducción de nuevos delitos en la parte especial.

Entre ellos, ha sido incorporado a nuestro ordenamiento el delito de hostigamiento o *stalking*, siguiendo así la línea de la mayoría de Estados de nuestro entorno que ya lo tipificaban en sus respectivas normas.

Concretamente, se introduce en nuestro Código Penal el art. 172 ter, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de

la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo¹.

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.”

Con anterioridad a esta reciente reforma legislativa, las conductas que a día de hoy integran el tipo penal eran reconducidas por nuestra jurisprudencia a diferentes tipos delictivos ya previstos en nuestro ordenamiento².

En consecuencia, será necesario objeto de análisis si era imprescindible la introducción de un nuevo tipo penal para dar respuesta jurídica a este tipo de comportamientos o si, por el contrario, las conductas ya encontraban encaje legal dentro de los delitos existentes, deviniendo así innecesaria una nueva figura.

Asimismo, con independencia de dicho debate, la forma de construcción del delito de *stalking* o acoso merece también especial análisis, ya que contiene algunos aspectos regulativos bastante novedosos respecto a los demás delitos recogidos en nuestro ordenamiento y, por lo tanto, ha sido objeto de ciertas críticas doctrinales y problemas interpretativos.

2. ORIGEN DEL DELITO Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La presencia de la conducta que integra el tipo delictivo que constituye el objeto de análisis de este trabajo se remonta a un período temporal considerablemente lejano.

¹ Además de estos dos tipos agravados, VILLACAMPA ESTIARTE, C., en GARCÍA ÁLVAREZ ... [ET AL]. Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Página 607. Tirant lo Blanch. 2013, expone que debería existir un tercer tipo agravado para aquellos casos en los que el delito de hostigamiento conlleve el no acatamiento de las penas previstas en el art. 48 CP. Argumenta la autora que si bien es cierto que ya se prevé esta conducta en nuestro Código Penal como delito de quebrantamiento de condena, resulta conveniente su tratamiento en el tipo del *stalking* por afectar no sólo a los intereses de la Justicia, sino también en estos supuestos a los de la víctima del acoso, que siente una inseguridad mayor al poder no sentirse protegida tan siquiera por la obligatoriedad de una sentencia judicial.

² Especialmente, como desarrollaremos con mayor detenimiento más adelante, se incluía en el ámbito del delito de coacciones. No obstante, aunque con menor relevancia, algunos de los supuestos se trataban de reconducir a los tipos delictivos de amenazas, delitos contra la integridad moral o contra la intimidad, analizando para ello no el acoso como un conjunto de acciones, sino analizando estas de forma aislada.

Así, resulta doctrina consolidada que el primer comportamiento conocido que coincide con la conducta típica del delito de acoso o *stalking* frente al que se pretendió una reacción jurídica data de 1704^{3,4}.

El mismo tuvo lugar en Inglaterra y, en resumidas cuentas, los hechos fueron los que a continuación se narran:

Un doctor, el Dr. Lane, perseguía constantemente a la Señorita Denis. La madre de ésta le prohibió acercarse a ella, orden que fue desatendida por el sujeto. En consecuencia, madre e hija decidieron trasladarse a Londres. Sin embargo, dicho intento de perder el rastro del Doctor fue fallido, pues este se trasladó también a la ciudad londinense y se alojó en el mismo hotel, en la habitación contigua a la de madre e hija.

A la mañana siguiente, cuando la señorita Denis se dirigía a su vehículo con su chofer el Doctor golpeó a éste con el objetivo de forzar a la víctima a irse con él. Este suceso fue objeto de litigio judicial y a la salida de la celebración de dicho juicio el Doctor hirió gravemente al abogado defensor de Denis. Ello produjo un nuevo pronunciamiento judicial en el que se condenó al sujeto a lo que en nuestro ordenamiento jurídico equivaldría a una orden de alejamiento durante un año y un día.

Asimismo, también en Inglaterra, aunque un siglo después, tuvo trascendencia otro caso de similares características frente al que se pretendió igualmente protección judicial⁵. En este supuesto se trataba de un abogado que comenzó a enviar cartas a una señora llamada Ángela, quien no conocía a dicho letrado. Además, siguió a la misma al hotel donde se alojaba y se las ingenió para lograr dejar dentro de la habitación una tarjeta de visita. Ángela, asustada por el desequilibrio del sujeto, decidió cambiar de alojamiento. Sin embargo, con ello no logró el propósito de recuperar su seguridad, pues el abogado intentó acceder en reiteradas ocasiones al

³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Iustel. 2009.

⁴ Caso Dennis vs. Lane

⁵ Caso Regina vs. Dum, que puede ser conocido con mayor detalle en: VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Págs. 25 y ss. Iustel. 2009.

nuevo edificio, incrementó el número de cartas remitidas e incluso empezó a aproximarse a ella en público.

Ante tal alarmante situación Ángela decidió acudir a los tribunales, lo que derivó en una primera orden de alejamiento. No obstante, cuando cesó el período de prohibición de acercamiento volvieron a tener lugar los episodios de acosos. Ello desemboca en una orden de arresto.

Sin embargo, cuando el letrado es puesto en libertad nuevamente advierte a Ángela que en el caso de que no acceda a tener una cita con él correrá peligro ella o su familia.

Ante el temor que le produce la situación, acude a los Tribunales para obtener protección, ante lo cual estos señalan que no hay prueba suficiente de la amenaza, añadiendo que si bien es cierto que del patrón de conducta de él se deduce la misma, ello no es suficiente para dictar condena, pues el citado patrón no constituye ningún tipo delictivo.

Los relatos anteriores constituyen los dos primeros casos de acoso frente a los que hubo algún tipo de intervención de Juzgados y Tribunales, aún sin regulación concreta que castigara la conducta de acoso⁶.

Dicha regulación normativa halla su origen en Estados Unidos, donde surgió al comienzo de los años noventa.

La razón de impulso de la tipificación radica en mediáticos asuntos como el asesinato de John Lennon, la tentativa de asesinato de Theresa Saldano y el asesinato de Rebeca Schafer, siendo todos ellos acosados por parte de admiradores obsesionados, sin que existiese amparo legal para obtener una respuesta judicial eficiente.

Más concretamente, resultó ser el Estado de California el pionero en incluir un tipo delictivo destinado a castigar las conductas de acoso, regulándolo por primera vez en el año 1989⁷.

⁶VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Iustel. 2009.

⁷ California. Código Penal para el Estado de Baja California. Sección 646.9. Publicado en el Periódico Oficial Número 23, de fecha 20 de Agosto de 1989.

La proliferación de las conductas de hostigamiento en la época provocó una rápida expansión legislativa y en 1993 ya los cincuenta Estados norteamericanos contaban con leyes para castigar los comportamientos de acoso⁸.

Tras la tipificación estadounidense, el delito de *stalking* fue siendo recogido en las leyes penales de numerosos estados, estando tipificado actualmente en gran parte de la legislación penal de los Estados europeos, si bien es cierto que aún existen algunos países miembros que no lo regulan de forma expresa, como ocurre, por ejemplo, en Francia Portugal, Suecia o Finlandia.

3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL ACOSO ANTES DE SU TIPIFICACIÓN.

Con carácter previo a la tipificación del delito de *stalking* en el art. 172 ter del Código Penal la jurisprudencia ya trataba de dar respuesta penal a las conductas que lo integran. En este epígrafe analizaremos este tratamiento jurisprudencial para tratar de concluir si era realmente necesaria su introducción en el Código Penal o si, por el contrario, eran suficientes los tipos delictivos que ya estaban previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico.

3.1 Coacciones y acoso

El delito de coacciones ha resultado el tipo al que la jurisprudencia ha venido reconduciendo la mayor parte de casos de hostigamiento producidos con anterioridad a la reforma del Código Penal en la que se introdujo expresamente el delito de acoso o *stalking*⁹.

Así, ha sido ampliamente repetido por los tribunales que el temor y preocupación que se causa en la víctima conlleva que esta vea coartada su libertad, no ejecutando finalmente acciones que de no existir la conducta acosadora si ejecutaría o viceversa (por ejemplo, no

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. *Acoso y derecho penal*. Eguzkilore. 2011. Número 25.

⁹ Véanse entre otras muchas las siguientes: SAP de León 85/2008; SAP de Palma de Mallorca 247/2000; SAP de Madrid 407/2015; SAP de Lleida 103/2002; SAP de Valladolid 481/2003; SAP de Madrid 329/2015; SAP de Navarra 250/2004; SAP de Asturias 216/2005; SAP de Sevilla 455/2007; SAP de Burgos 39/2008; SAP de Barcelona 616/2010

saliendo sola por la calle o teniendo que cambiar de teléfono)¹⁰. Esta alusión viene a coincidir con lo que actualmente exige como requisito del tipo el art. 172 ter del Código Penal: la afectación grave a la vida cotidiana de la víctima.

Por otro lado, la jurisprudencia ha considerado ocasionalmente que es posible la aplicación del tipo de coacciones porque se entiende que el acosador si utiliza un tipo de violencia: la violencia psíquica¹¹.

Sin embargo, parte de la doctrina¹² se oponía a la adecuación de aplicación del tipo de coacciones a los patrones de conductas de hostigamiento debido a que ello estaba suponiendo una interpretación excesivamente amplia del concepto de violencia que se exige en las coacciones, ya que la jurisprudencia consideraba para que fuera procedente la aplicación del tipo penal que el desasosiego que se producía en la víctima era consecuencia de la *vis compulsiva* que debía valorarse como un tipo de violencia. Así, se podría tratar de una interpretación excesivamente extensiva, suponiendo una posible vulneración al consagrado principio de legalidad, de vital importancia en el ordenamiento penal.

Conviene hacer referencia a que si bien es cierto que, como se ha señalado, gran parte de este tipo de conductas se reconducía al delito objeto de análisis, lo cual puede hacer pensar que existía en consecuencia un tratamiento unánime de estos comportamientos, no siempre ocurría así. En ocasiones dos supuestos de hecho muy similares conllevaban a respuestas judiciales considerablemente dispares.

Así, a título de ejemplo, analizaremos el tratamiento jurisprudencial diferenciado que se ofreció a dos conductas semejantes:

- Por un lado, nos encontramos con una resolución judicial¹³ que condena a un sujeto como reo de coacciones por perseguir constantemente a la víctima, llegando a

¹⁰ Así, en la SAP 334/2015, en su fundamento jurídico segundo se establece que: “*el delito de coacciones incluye también las conductas de acoso y acecho a la víctima cuando de forma evidente el autor, crea un contexto de intimidación que limita de forma grave la libertad de acción de la víctima*”

¹¹ En la SAP de Madrid 298/2015, en su fundamento jurídico segundo se señala que: “*ese acoso injustificado e insistente, a sabiendas de que el destinatario rechaza claramente el contacto constituye en opinión de la sala el ejercicio de una violencia síquica atentatoria gravemente contra la libertad*”.

¹² VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro*. Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV. 2010. Página 12.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico- penal de una nueva forma de acoso*. Págs. 235 y ss. Iustel. 2009.

¹³ SAP de Navarra 32/2005, de 9 de marzo.

cambiar su domicilio en varias ocasiones para mantener la proximidad con la misma (trasladándose al edificio contiguo al de la víctima, a un portal situado junto al instituto donde estudiaba la misma...)

- Por otro lado, se dicta sentencia¹⁴ de absolució a un sujeto acusado de coacciones, siendo los antecedentes de hecho bastante similares al supuesto anterior, ya que se trata de un sujeto que seguía constantemente a la víctima por la calle y llenaba su portal de flores de forma reiterada, permaneciendo durante horas sentado en la puerta del domicilio de la víctima.

De igual modo ocurre cuando en lugar de persecuciones físicas nos encontramos con un sujeto que desarrolla un plan de acoso telefónico, tal y como podemos deducir de la respuesta judicial otorgado a los siguientes dos supuestos:

- En primer lugar, se entiende por la Audiencia Provincial de Madrid¹⁵ que un excesivo número de llamadas a quien fue su pareja, así como la remisión masiva de mensajes de texto constituye el comportamiento típico contemplado en el delito de coacciones leves en el ámbito familiar.
- En segundo lugar, por el contrario, la Audiencia Provincial de Sevilla¹⁶ estima que la realización de una gran cantidad de llamadas a su expareja no puede encuadrarse dentro del delito de coacciones leves anteriormente citado, puesto que ello supondría una interpretación demasiado extensiva de dicho tipo penal.

3.2 Vejaciones injustas y acoso.

Del mismo modo, no era inusual que la jurisprudencia optara por reconducir las conductas de hostigamiento a la antigua falta de vejaciones injustas del art. 620 del Código Penal¹⁷, considerando así que el bien jurídico que se veía afectado es el honor¹⁸.

Así pues, ante situaciones de un gran número de llamadas y remisión de cantidades descomunales de mensajes (ya sean los tradicionales SMS o los actuales WhatsApp)

¹⁴ SAP de Badajoz 81/2000, de 10 de abril.

¹⁵ SAP de Madrid 407/2015, de 28 de mayo.

¹⁶ SAP de Sevilla 328/2009, de 8 de junio.

¹⁷ Tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, este tipo delictivo se ha suprimido como falta y se prevé como delito leve en el art. 173.4.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. Pág. 167. Tirant lo Blanch. 2015

resultaba frecuente en fase de apelación la estimación de recursos basados en el mejor acomodo de la estas conductas al tipo de vejaciones injustas que al de coacciones¹⁹.

Por lo tanto, nos encontramos con un panorama jurídico en el que la misma acción: la realización de reiteradas llamadas, podía ser calificado de forma diferente según la localidad en la que fuese desarrollada. Ello así basándonos en que, tal y como hemos analizado en la página anterior de este trabajo, han recaído resoluciones judiciales condenando el acoso telefónico como delito de coacciones y, simultáneamente, nos encontramos con otras sentencias que entienden que los mismos hechos son constitutivos de vejaciones injustas.

Asimismo, al margen del acoso telefónico, el acecho considerado desde una perspectiva más física también era encuadrado en ocasiones por la jurisprudencia en la conducta típica de la antigua falta de vejaciones injustas. Así fue calificado por la Audiencia Provincial de Cádiz²⁰ el comportamiento de un sujeto que perseguía a su expareja y aparecía en prácticamente todos los lugares en los que esta se encontraba. En la misma línea se pronunció la Audiencia Provincial de Valencia²¹ ante un supuesto en el que el sujeto esperaba a la víctima en la puerta de su domicilio habitualmente y le remitía además numerosas cartas declarando su amor por ella, pese a que esta había mostrado su deseo expreso de dejar de tener contacto con el sujeto reiteradamente.

3.3 Breves conclusiones del análisis.

Por lo anteriormente expuesto he llegado a la conclusión de que era necesaria la introducción del delito de acoso en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Ello así porque estimo que su falta de tipificación tenía como consecuencia la existencia de una gran inseguridad jurídica, puesto que, al no encajar totalmente en ningún delito ya recogido en el Código Penal, supuestos de hecho semejantes podían obtener respuestas judiciales diversas.

¹⁹ Así, véanse a título de ejemplo, las siguientes resoluciones que estiman recursos contra sentencias en las que se condenaba por coacciones en lugar de por vejaciones injustas: SAP de Barcelona 647/2008, de 29 de junio; SAP de Zaragoza 180/2005, de 25 de mayo; SAP La Coruña 39/2003, de 13 de abril

²⁰ SAP de Cádiz 48/2015, de 20 de mayo.

²¹ SAP de Valencia 427/2008, de 27 de junio

Además, al tratar de castigar estas conductas a través de tipos no previstos específicamente para ellas se realizaban interpretaciones demasiado extensivas, con la posibilidad de vulneración del principio de legalidad que ello puede conllevar.

Por lo tanto, una vez me he posicionado a favor de su introducción considero conveniente realizar a continuación un estudio del delito, para tratar de analizar si la forma en la que el legislador lo ha incorporado a nuestro Ordenamiento ha sido la más adecuada. Para ello me centraré únicamente en los aspectos que han resultado jurídicamente más problemáticos.

4. BIEN JURÍDICO

Para comenzar, podemos partir de la base de que el bien jurídico objeto de protección por el que se ha decantado el legislador lo debemos deducir de la ubicación sistemática del delito. Así, el tipo de acoso o *stalking* lo encontramos regulado en el art. 172 ter del Código penal, hallándose por tanto este integrado en el Título VI, más concretamente en el Capítulo III del mismo. En consecuencia, es lógico deducir que el legislador considera que se trata de un delito que atenta contra la libertad del sujeto.

Dentro de las diferentes posibles vertientes de la libertad (libertad ambulatoria, libertad en la formación de decisiones y libertad en la ejecución de las mismas), podemos entender que ha optado, al incluirse en el capítulo dedicado a las coacciones, por la libertad a la que tiene derecho la persona para llevar a la práctica las decisiones previamente tomadas²².

Sin embargo, cabe matizar que, pese a su ubicación sistemática, la doctrina mayoritariamente coincide en que no se trata de una modalidad de coacciones, sino que se trata de un tipo autónomo y que, en consecuencia, quizás hubiese sido más adecuada la creación de un Capítulo específico para este tipo, puesto que de este modo se hubieran evitado confusiones a todo modo de ver innecesarias.

No obstante, si bien es cierto que cabe aceptar que se tutela dicho bien jurídico, no existe acuerdo doctrinal respecto a cuál debería haber sido realmente el bien jurídico tutelado en este delito.

²²En este sentido se interpreta por MATALLÍN EVANGELIO, A. *Comentario a la reforma del Código Penal de 1995*. Página 577. Tirant lo Blanch. 2015.

En esta línea, es posible diferenciar entre quienes señalan que el bien jurídico es efectivamente la libertad; quienes, por su parte, consideran que es la libertad pero conjuntamente con la seguridad²³; y, por último, quienes creen que el bien jurídico que se ve afectado en mayor medida cuando se desarrollan las conductas que integran la acción típica de este delito es la integridad moral.

Dentro del primer grupo, hay posturas divergentes en cuanto a que sea la libertad en su vertiente de ejecución de la decisión tomada. En esta línea, existen pronunciamientos²⁴ en el sentido de que el atentado en estos supuestos es contra la libertad en cuanto a la formación de la decisión. Ello así debido a que se puede entender que el sujeto pasivo, ante el hostigamiento del sujeto activo, se ve afectado en su toma de decisiones rutinarias, optando así por planes que de no existir dicho acoso no optaría.

En relación con lo anterior, cierto sector doctrinal se cuestiona si la protección de este bien jurídico de la víctima no genera un conflicto con el derecho a la libertad del sujeto activo. Ello así debido a que analizados de forma aislada los comportamientos que conforman la conducta de hostigamiento no son siempre constitutivos de ilícitos penales. Es por ello que el autor recalca la importancia de penar exclusivamente aquellos actos persecutorios que cuenten con la intensidad suficiente, respetando así el principio de intervención mínima que rige en nuestro ordenamiento penal; ello sin perjuicio de que los actos de acoso que no ostenten dicha entidad puedan obtener respuesta en una vía distinta a la penal.^{25,26}

En último lugar, en cuanto se refiere al posicionamiento a favor de entender que el bien jurídico protegido es la integridad moral, se esgrime en su defensa por este sector que si bien es cierto que se atenta contra la libertad con la conducta típica, es realmente una especie de daño colateral que se produce por una situación humillante, es decir, por un ataque contra la integridad moral²⁷.

²³ MENDOZA CALDERÓN, S. *Análisis de las reformas penales*. Pág. 133. Tirant lo Blanch. 2015. También en GALDEANO SANTAMARÍA, A. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Pág. 571. Tirant lo Blanch. 2013.

²⁴ TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 139 y 140. Bosch. 2016

²⁵ GÓMEZ RIVERO, M.C. *El acoso: tratamiento penal y procesal*. Página 33. Tirant lo Blanch. 2011

²⁶ En consonancia con lo expuesto, en la STS 670/2006 se establece que la vigencia de este principio “supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico”

²⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. *Acoso y derecho penal*. Eguzkilore. 2011. Número 25.

También en TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 141 y 142. Bosch. 2016

5. TIPO BÁSICO DEL DELITO.

5.1 Acción típica y conductas alternativas.

El comportamiento penalmente reprochable según establece el art. 172 ter del Código Penal consiste en acosar a una persona de forma insistente y reiterada.

Ha sido objeto de crítica la definición que del comportamiento tipificado hace nuestro Código Penal, puesto que utiliza el término acosar para explicar en qué consiste el delito de acoso. En esta línea, algunos autores estiman que sería más conveniente una mayor precisión y concreción a la hora de establecer en qué consiste este tipo delictivo.^{28,29}

A continuación el legislador establece un listado alternativo de conductas a las que deben reconducirse los comportamientos de acoso:

- *Vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física.* Se encuadran en este apartado aquellos supuestos en los que, por ejemplo, el sujeto espera a la víctima a la salida de su vivienda o trabajo y la sigue para conocer sus movimientos diarios. Esta vigilancia o persecución debe ser además de forma indiscreta, de manera que sea conocido por la víctima, ya que de lo contrario su actuación no puede afectar a la libertad de la víctima al desconocer esta el acoso. Ha sido objeto de críticas por algunos autores la equiparación de buscar cercanía física con los otros dos supuestos, ya que se considera que esto es considerablemente más intrusivo en la esfera de espacio vital del sujeto³⁰.
- *Establecimiento o intento de establecimiento de contacto a través de medios de comunicación o terceras personas.* Se trata de una conducta que suele materializarse en los casos reales más habituales en el envío masivo de mensajes a través de aplicaciones de mensajería instantánea o en un gran número de llamadas telefónicas con poco espacio temporal entre ellas y, en ocasiones, a horas intempestivas. Este apartado ha sido también objeto de crítica doctrinal por castigarse de igual modo la tentativa que la consumación, ya que resulta indiferente que realmente se produzca

²⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en el derecho penal español*. Cuadernos de política criminal. 2013. Número 109. Página 26.

²⁹ La razón de esta imprecisión la encontramos en el Código Penal Alemán, que sirve de base y guía al legislador español nuevamente y utiliza el término acosar para describir la acción penada en el delito de acoso (Strafgesetzbuch. Parágrafo 238).

³⁰ TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Pág. 160. Bosch. 2016

el establecimiento de contacto o que meramente se intente contactar³¹. No obstante, debemos señalar que la introducción en este apartado del intento tiene como origen el hecho de que así está presente en el Código Penal alemán, que una vez más sirve de guía al legislador español³². Cabe añadir que dado que el bien jurídico protegido es individual y disponible se plantea la posibilidad del consentimiento como causa de atipicidad. Así, existe cierta jurisprudencia que ha considerado que el hecho de no emplear la opción de “bloquear contacto” que ofrece la aplicación de WhatsApp se puede entender como el consentimiento de la víctima a la recepción de mensajes³³.

- *Contrataciones o adquisiciones utilizando de forma indebida los datos personales de la víctima, así como proporcionar dichos datos para que otras personas establezcan comunicación con ella.* Una conducta que se puede subsumir en este supuesto podría ser el encargo reiterado de comida dirigida al domicilio de la víctima o, caso preocupantemente habitual, la facilitación del número telefónico de la víctima en una página web, red social u otro soporte para que personas desconocidas intenten ponerse en contacto con la persona acosada. Este último supuesto plantea una posible controversia en la práctica, ya que, por lo general, el número de teléfono se facilitará una sola vez por el sujeto activo del delito, y lo que se producirá de forma reiterada serán las puestas en contacto de extraños con la víctima, quienes probablemente desconozcan incluso la indebida utilización de los datos de esta³⁴. Estos casos podrían encontrar encaje legal en la figura de la autoría mediata, ya que media engaño, los terceros desconocen que su actuación es parte de un patrón de acoso³⁵. Del mismo modo, en el supuesto de adquisiciones indeseadas cabe plantear también la posibilidad de la misma figura, ya que consiste por lo general en la práctica en que una tercera persona (un repartidor) entregue a la víctima un producto o paquete, sin

³¹MAGRO SERVET, V. *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*. Ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado. 16 marzo 2015. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484

También en ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades*. Pág. 6. Revista La ley penal. 2013. Número 105.

³²VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Pág. 176. Iustel. 2009.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 799/2016
Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 470/2016.

³⁴TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Pág. 162. Bosch. 2016

³⁵ TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 184 y 185. Bosch. 2016

tener conocimiento con ello de que se está produciendo una conducta hostigadora, siendo así un mero instrumento del acosador.

- *Atentados contra la libertad o patrimonio, sea de la propia víctima o de persona cerca a la misma.* Es frecuente en este tipo de comportamientos la causación de daños en el vehículo (ya sea de la persona acosada o de su nueva pareja, de sus hermanos, padres...) o la sustracción de mascotas. TAPIA BALLESTEROS considera que lo lógico sería que estos atentados no fueran constitutivos de delito individualmente considerados, ya que es precisamente eso lo que justifica la necesidad de tipificación de este nuevo delito, se debe tratar de actos que antes eran impunes. Sin embargo, esta conclusión no parece acorde con la cláusula concursal que se prevé en el art. 172 ter apartado tercero del Código Penal, que más adelante analizaremos.

Cabe mencionar que en el anteproyecto se preveía, además de los comportamientos anteriormente enumerados, una última cláusula que convertía este tipo en un delito de carácter *numerus apertus*, al señalar que la conducta acosadora podía consistir asimismo en “*otra conducta de carácter análogo a las anteriores*”. Sin embargo, ello fue objeto de numerosas críticas debido a que se consideraba que atentaba de manera grave contra el principio de legalidad penal y, en consecuencia, se eliminó de la redacción final del precepto³⁶.

No obstante, existe un sector minoritario que se posicionaba a favor de la inclusión de la cláusula *numerus apertus*, ya que el fenómeno de *stalking* se halla aún en continua evolución y el establecimiento de una lista cerrada de conductas podría dejar fuera del ámbito penal posibles nuevas formas de acoso, siendo posible que quedase sin utilidad en un espacio de tiempo reducido³⁷. De hecho, existen otros ordenamientos jurídicos en los que sí se contempla esta cláusula³⁸.

³⁶ Incluso en el Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se puso de manifiesto la no conveniencia de añadir dicha cláusula, por considerar que “*podría generar cierta inseguridad jurídica por la ambigüedad de la interpretación que se pueda hacer de la conducta análoga, lo que se compadecería mal con el propio artículo 25 de la Constitución que prevé que nadie pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse, no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro. Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV. 2010. Página 24.

³⁸ En el Código Penal alemán se establece como cláusula de cierre del delito de acoso: “*emprende otra conducta semejante a las indicadas*”.

Por otro lado, frente a la postura de exigencia de taxatividad, parte de la doctrina considera que el legislador ha llevado a cabo una construcción excesivamente casuística y que el papel de determinar caso por caso qué conducta integra el acoso u hostigamiento en realidad correspondía a la jurisprudencia, evitando así una integración del delito de carácter meramente teórico, quizás alejado de las necesidades reales de la sociedad española³⁹.

En la misma línea, en el Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, de 27 de junio de 2013, se recogía que no se llegaba a comprender la razón por la cual el legislador se decantó por seleccionar ese listado de conductas y no incluyó, por ejemplo, actuaciones que atentaran contra la salud, como sí se recoge en otros ordenamientos jurídicos⁴⁰

5.2 Insistencia y reiteración.

La realización del tipo exige que las conductas anteriores se produzcan de forma insistente y reiterada, pero no se especifica un número concreto de actuaciones que deban producirse para la realización del tipo. Se ha interpretado que bastará con que sean suficientes para lograr la requerida perturbación. Ello conlleva el debate sobre si debe tratarse de una situación de acoso idónea para afectar a la vida de un ciudadano medio o si se debe atender al caso concreto de la persona hostigada, puesto que cada sujeto pasivo puede tener una capacidad de resistencia diferente ante estas conductas y no se puede hacer depender de ello la consumación o no del delito.

Sin embargo, en otra línea interpretativa, ciertos autores estiman que con la expresión *de forma insistente y reiterada* el legislador en realidad exige para la consumación del tipo delictivo al menos tres conductas de índole hostigadora⁴¹.

Asimismo, la exigencia de insistencia y reiteración ha sido criticada⁴² por repetitiva, señalándose que ello supone un perjuicio para la víctima, pues al ser elementos del tipo deberán ser objeto de prueba ambos términos. En consecuencia, se sugiere como propuesta

³⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *El nuevo delito del art.172 ter del CP y el acoso telemático: crónica de un desideratum represivo jurídico*. Actualidad Jurídica Aranzadi. 2016. Número 915. Página 14

⁴⁰ En el Código Penal alemán, se establece así que “*Cuando con la acción del autor pone en peligro de sufrir un menoscabo grave de la salud a la víctima, a un pariente suyo o a una persona cercana a ésta, la pena será la prisión de tres meses a cinco años*”

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. Páginas 131 y siguientes. Tirant lo Blanch. 2015.

⁴² TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 145 y146. Bosch. 2016

de redacción “de forma insistente o reiterada” si se quieren mantener ambos vocablos o bien la supresión de uno de ellos por innecesario, tal y como se hizo en el Código Penal alemán.⁴³

También se ha planteado la controversia interpretativa de si se debe producir de forma reiterada el mismo acto o si cabe la posibilidad que la insistencia se produzca en una combinación de varias conductas diferentes. Asimismo, se ha sostenido que lo realmente relevante es que exista en el acoso una estrategia sistemática de persecución, deviniendo así irrelevante que las conductas que la integran sean homogéneas o no⁴⁴.

Por último, los tribunales han considerado en ocasiones que se exige además de que la conducta sea repetitiva que sea durante un período de tiempo suficientemente prolongado⁴⁵. Así, han sido dictadas ya resoluciones judiciales⁴⁶ en las que se considera que ciertas conductas constituyen el tipo básico de coacciones en lugar del tipo de acoso por no prolongarse durante excesivos días el comportamiento típico⁴⁷.

5.3 Resultado típico.

El delito de acoso no se considera consumado por la mera reiteración de las conductas recogidas en el apartado primero del art. 172 ter CP, sino que resulta exigible que, además, como consecuencia de dichos actos ejecutados de forma repetida, se produzca un resultado: la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima. Se trata, por lo tanto, de un delito de resultado material.

⁴³ Se emplea por el legislador el término persistente, según la traducción del artículo del Código Penal Alemán que se recoge en VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Pág. 176. Iustel. 2009.

⁴⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P.M. *Violencia de género en el trabajo, respuestas jurídicas a problemas sociales*. Pág. 123. Mergablu. 2004.

⁴⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 470/2016 establece literalmente lo siguiente: “Es necesario igualmente que la conducta no solo sea reiterada en relación a su concreto contenido sino que se lleve a cabo durante un periodo de tiempo significativo tal como se deduce de la expresión insistente y reiterada”

⁴⁶ En Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 470/2016 se establece que un comportamiento que se prolonga exclusivamente durante tres días no puede ser constitutivo de acoso; sino que, por el contrario, se encuadra en el tipo delictivo de coacciones.

⁴⁷ En Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 470/2016 se establece que un comportamiento que se prolonga exclusivamente durante tres días no puede ser constitutivo de acoso; sino que, por el contrario, se encuadra en el tipo delictivo de coacciones.

Sin embargo, cabe mencionar que ha habido autores que se han planteado la posibilidad de que dicha alteración no constituya el resultado sino una condición objetiva de punibilidad, si bien acaban decantándose finalmente por la primera opción⁴⁸.

Algunos autores han sido críticos con la expresión empleada por el legislador. Ello así por considerar que puede acarrear grandes problemas interpretativos y, por ende, una preocupante dosis de inseguridad jurídica, más aún siendo un concepto penal realmente novedoso en nuestra legislación, no pudiendo por tanto acudir a la interpretación realizada respecto a otra figura delictiva⁴⁹.

Para mayor abundamiento, señala ALONSO DE ESCAMILLA que el problema se agrava al quedar la fijación del contenido de la expresión en manos de la jurisprudencia menor, debido a que por la pena impuesta al tipo delictivo las sentencias no serán objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁵⁰.

Así pues, en primer lugar, nos encontramos con la tarea de dilucidar si para la comprobación de la citada alteración de la vida cotidiana se debe atender a la situación concreta de la víctima o, de una forma más objetiva, se debe emplear el baremo del ciudadano medio.⁵¹ Así, se ha propuesto modificar el precepto en este aspecto y que quede redactado el resultado típico del modo siguiente: “alterando de forma objetiva y gravemente el desarrollo de la vida cotidiana”⁵². Se trata de una controversia de importancia a efectos prácticos, puesto que no se puede hacer depender la consumación de un delito de la capacidad de resistencia con la que cuente la víctima, o incluso de la imposibilidad que tenga esta para modificar su rutina (no pudiendo, por ejemplo, llegar a su puesto de trabajo por un trayecto distinto para evitar que el sujeto la persiga).

En segundo lugar, deviene necesario delimitar en qué consiste una alteración grave, tarea para la cual vuelve a parecer conveniente recurrir al criterio del hombre medio, pues hacer

⁴⁸ Para conocer las razones por las que desechan la posibilidad de considerarlo como condición objetiva de punibilidad: TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 158 y 159. Bosch. 2016

⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro*. Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV. 2010. Página 8.

⁵⁰ ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El delito de stalking como nueva forma de acoso*. Cyberstalking y nuevas realidades. Revista La ley penal. 2013. Número 105.

⁵¹ Esta última postura es sostenida, entre otros, por MATALLÍN EVANGELIO, A. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 1995*. Pág. 579. Tirant lo Blanch. 2015.

⁵² GALDEANO SANTAMARÍA, A. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Pág. 577. Tirant lo Blanch. 2013.

dependen de la decisión de las condiciones específicas de la víctima genera un problema de inseguridad jurídica y puede dar lugar a respuestas judiciales muy dispares ante conductas muy similares.

Sea como sea, la jurisprudencia ya ha comenzado a intentar solventar el problema de la delimitación del resultado típico. Así, la SAP de Madrid 799/2016 señala que: *“la afectación grave puede, a nuestro juicio, manifestarse de muchas maneras. Sin tener que seguir un protocolo concreto. No tiene por qué precisar de asistencia psicológica, alterar las funciones del organismo o sumir a la persona una situación de llanto. Bastaría más allá de tales manifestaciones concretas, con sumir a la víctima en un estado de ansiedad que limitara o suprimiera la tranquilidad a la que en el desarrollo vital toda persona tiene derecho, que derivaría, desde un punto estrictamente jurídico, de la dignidad de que es titular en cuanto tal.”*

Asimismo, se ha ido estableciendo, a título ejemplificativo, en algunas sentencias modificaciones en la rutina de la víctima que pueden constituir el resultado típico de este delito. Así, en SAP de Valladolid 340/2016 se señalan las siguientes: *“dejando de ir por el itinerario habitual de casa al trabajo, de zonas de ocio, cambiando de residencia o domicilio, de número de teléfono o simplemente dejando de salir de casa para relacionarse”*

5.4 Dolo.

A tenor de lo expuesto en el párrafo anterior, la importancia de dilucidar si la alteración de la vida de la víctima constituye el resultado típico o una condición objetiva de punibilidad guarda estrecha relación con este apartado.

Existe acuerdo doctrinal en que el tipo delictivo de acoso es un delito exclusivamente doloso, no cabiendo la posibilidad de constituir en ningún caso un delito por imprudencia. En consecuencia, el dolo del autor debe abarcar todos los elementos objetivos, incluido el resultado.

Si consideramos que este consiste en la modificación de la rutina de la persona acosada nos encontramos con el problema de que por lo general el sujeto activo no desea ese cambio en los hábitos de la víctima, sino que, al contrario, desea un acercamiento a la misma, una

posibilidad de contacto con ella; por lo que se puede entender que su último deseo es que cambie de itinerario para ir a su puesto de trabajo, su residencia o su número de teléfono.⁵³

No obstante, consideramos que puede entenderse que existe al menos dolo eventual, empleando para ello, por ejemplo, la teoría de la representación o del consentimiento⁵⁴.

5.5 Causas de justificación.

Se establece en el art. 172 ter que es necesario que quien desarrolla la conducta acosadora no esté legítimamente autorizado para ello, siguiendo nuevamente la estructura utilizada por el Código Penal alemán⁵⁵.

La idoneidad de esta cláusula ha sido ampliamente cuestionada por su innecesidad⁵⁶. De hecho, incluso el Consejo de Estado al informar sobre el anteproyecto de reforma del Código Penal aconsejó la supresión de esta expresión por considerarla superflua, ya que en ningún caso se considera que el acoso en sí mismo pueda estar justificado⁵⁷.

No obstante, cabe entender que el legislador podría referirse con esta autorización al supuesto del seguimiento realizado por la policía en el ejercicio de sus funciones investigadoras⁵⁸. Sin embargo, aún para estos supuestos deviene innecesaria la introducción

⁵³ TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 165 y 166. Bosch. 2016

⁵⁴ En QUINTANAR DÍEZ, M. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*. Pág. 95. Tirant lo Blanch. 2015 se definen estas teorías del siguiente modo: “La teoría del consentimiento comporta la exigencia de que el autor se represente la posibilidad del resultado y consienta o apruebe su producción, mientras que para la teoría de la representación, para que exista dolo, el autor se debe representar el resultado con un alto grado de probabilidad”

⁵⁵ En esta regulación del delito comienza señalando “*Quien persigue a una persona de manera no autorizada...*”

⁵⁶ MAGRO SERVET, V. *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*. Página 15. Ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado. 16 marzo 2015. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. Páginas 131 y siguientes. Tirant lo Blanch. 2015.

ACALE SÁNCHEZ, M. Y GÓMEZ LÓPEZ, R., en GARCÍA ÁLVAREZ ... [ET AL]. *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Página 566. Tirant lo Blanch. 2013.

MATALLÍN EVANGELIO, A. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 1995*. Pág. 587. Tirant lo Blanch. 2015.

⁵⁷ Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Aprobado el 27 de junio de 2013.

⁵⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en el derecho penal español*. Cuadernos de política criminal. 2013. Número 109. Página 28.

de esta fórmula, al ya estar prevista como causa de justificación en el art. 20.7º del Código penal.

Asimismo, se ha señalado que puede constituir acoso legítimo el desarrollado por los detectives en el desempeño de sus encargos, siempre y cuando se desarrolle conforme a la legislación que les es aplicable^{59,60}

Del mismo modo, se puede entender que también es legítimo el ejercicio de las tareas de vigilancia por parte de los periodistas de información. Un supuesto distinto lo podría constituir el de los periodistas de la conocida como prensa rosa, puesto que sus medios de obtención de información son, por lo general, bastante más intrusivos en la esfera del sujeto, lo cual no queda suficientemente claro que se autorice por la legislación que regula el ámbito^{61,62}.

En la misma línea, se ha interpretado por un sector que tampoco se hallarían legítimamente autorizados para ejecutar el comportamiento acosador las agencias de gestión de cobros, socialmente conocidos como cobradores del frac, pudiendo estos cometer el tipo delictivo del art. 172 ter si ejecutan alguna de las conductas que en el precepto se describen.⁶³ Ello así, entre otras cosas, debido a que tan siquiera se trata de una actividad que esté realmente regulada, salvo por sus propios códigos deontológicos. De hecho, por lo general estas conductas han sido consideradas jurisprudencialmente como contrarias al Ordenamiento

⁵⁹ GÓMEZ RIVERO, M.C. El acoso: tratamiento penal y procesal. Página 34. Tirant lo Blanch. 2011

⁶⁰ La actividad de estos profesionales se encuentra regulada actualmente en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada. Concretamente en el art. 48.1 de la misma se prevé lo siguiente:

“1. Los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, consistirán en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con los siguientes aspectos:

a) Los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados.

b) La obtención de información tendente a garantizar el normal desarrollo de las actividades que tengan lugar en ferias, hoteles, exposiciones, espectáculos, certámenes, convenciones, grandes superficies comerciales, locales públicos de gran concurrencia o ámbitos análogos.

c) La realización de averiguaciones y la obtención de información y pruebas relativas a delitos sólo perseguibles a instancia de parte por encargo de los sujetos legitimados en el proceso penal”.

⁶¹ TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Pág. 152. Bosch. 2016.

⁶² La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo octavo permite filmar en espacios públicos, pero no conlleva por ello la autorización para perseguir continuamente al sujeto que se desea filmar sin ningún límite.

⁶³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. Pág. 147. Tirant lo Blanch. 2015

Jurídico, debido a los excesos que son habituales en el desempeño de las funciones que les son propias⁶⁴.

Estos supuestos de agencias de cobro pueden generar interés de estudio respecto a las figuras de autoría y participación. Así pues, a priori quien encarga a esta empresa la gestión no participa en la ejecución delictiva, salvo que conozca el *modus operandi* de la misma y sea esta la razón por la que adopte la decisión de contratación. Partiendo de esta base, cabe barajar dos posibilidades en cuanto a quién será el sujeto con responsabilidad penal en estos casos⁶⁵. En primer lugar, es posible que la estrategia de cobro siguiendo pautas de acoso sea una decisión empresarial, en cuyo caso, al no estar prevista la responsabilidad de las personas jurídicas para este delito, el responsable sería el representante de la empresa. En segundo lugar, puede ocurrir que la estrategia de hostigamiento sea decisión de un trabajador al que se le encomienda el objetivo de cobrar la deuda pero no los medios para alcanzarlo, siendo este el responsable penal; o una decisión de un jefe de sección que encomienda este acoso al personal subordinado a él, en cuyo caso se podría interpretar que se trata de un supuesto de autoría mediata por poder encuadrarse dentro del supuesto de coacción al tratarse de una relación jerárquica⁶⁶

Asimismo, se ha planteado la posibilidad de encaje del *scratching* dentro del tipo de acoso u hostigamiento. Sin embargo, se ha considerado por la jurisprudencia que estas manifestaciones no son constitutivas de tipos penales por sí mismas, sino que podrían serlo los excesos cometidos a título personal por algún manifestante, supuesto que debe ser enjuiciado de modo separado del *scratching*⁶⁷.

⁶⁴ Véanse entre otras: STS 306/2001, de 2 de abril; SAP 731/2016, de 28 de noviembre; SAP de Cáceres 321/2016, de 18 de octubre; SAP de Sevilla 75/2016, de 26 de febrero de 2016.

⁶⁵ Para mayor abundamiento: TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 182 y 183. Bosch. 2016

⁶⁶ SÁNCHEZ LÁZARO, F.G. La autoría y la participación. En ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coord.) *Derecho Penal Parte General, Introducción teórica jurídica del delito*. Pág. 172. Comares, S.L. 2016.

⁶⁷ TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Págs. 154. Bosch. 2016
MARTÍN ALBA, S. *Tratamiento integral del acoso*. Pág. 837 y ss. Thomson Reuters Aranzadi. 2015.

5.6 Clausula concursal

El art. 172 ter en su apartado tercero prevé que “*las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*”.

Esta clausula concursal ha sido objeto de debate doctrinal, especialmente por su posible confrontación con el principio de *ne bis in idem*.

Por ello, cierto sector doctrinal ha expuesto la necesidad de supresión este apartado del precepto, de tal forma que si los actos aislados fueran considerados como delictivos se debería resolver conforme a las normas previstas para el concurso de leyes en el art. 8 del Código Penal⁶⁸.

Por su parte, otros autores matizan la postura anterior, poniendo de manifiesto que los actos que integran el patrón de acoso individualmente considerados pueden ser castigados con las respectivas penas previstas en el Código Penal para los tipos delictivos que constituyan siempre y cuando no exista homogeneidad de bien jurídico con el delito de acoso. Por lo tanto, no sería conforme a Derecho, por ejemplo, condenar por un delito de *stalking* del art. 172 ter del Código Penal y, a su vez, por un delito de coacciones del art. 172.

En esta misma línea, VILLACAMPA ESTIARTE es afín a la postura anterior y añade que vulneración del principio *ne bis in idem* debería salvarse considerando el delito del art. 172 ter del Código Penal como un tipo subsidiario, es decir, recurriendo a él sólo cuando los hechos individualmente considerados no constituyan tipo delictivo más grave. El fundamento de esta solución encuentra su razón de ser en que, de lo contrario, realmente se estaría beneficiando al sujeto acosador, ya que la pena prevista para el delito de *stalking* es cuantitativamente poco relevante⁶⁹.

Frente al posicionamiento anterior, algunos autores entienden que el acoso está compuesto por repetición de actuaciones penalmente irrelevantes, que consideradas conjuntamente atentan contra el bien jurídico de la libertad, pero que analizadas de forma aislada no

⁶⁸ GALDEANO SANTAMARÍA, A. Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Pág. 570. Tirant lo Blanch. 2013.

⁶⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Pág. 610. Tirant lo Blanch. 2013.

MENDOZA CALDERÓN, S. *Análisis de las reformas penales*. Pág. 133. Tirant lo Blanch. 2015.

coinciden con ningún tipo delictivo ya previsto con anterioridad a la reforma⁷⁰. De lo contrario no se entiende la necesidad de la introducción de este delito. En consecuencia con todo lo anteriormente expuesto, se propone por este sector la eliminación de la clausula concursual⁷¹.

6. CONCLUSIONES PERSONALES.

Considero conveniente, en la misma línea seguida para la elaboración de este trabajo, sistematizar las conclusiones distinguiendo entre las referidas a la necesidad de introducción del delito y a continuación a las que he llegado en lo relativo a la redacción del art. 172 ter.

En lo que se refiere a la conveniencia de tipificar el delito de *stalking*, tras el análisis jurisprudencial realizado me posiciono a favor de la necesidad de introducción de esta figura delictiva, por las razones que a continuación procedo a exponer.

En primer lugar, estimo que el tratamiento que los Juzgados y Tribunales estaban otorgando a este tipo de conductas conllevaba un gran problema de inseguridad jurídica. Así, pudimos ver como conductas muy semejantes recibían respuestas judiciales diversas, de forma tal que el acomodo en uno u otro delito dependía realmente del lugar donde se cometiese y, por ende, el tribunal que lo juzgase.

Además, el encaje en los tipos penales ya existentes resultaba excesivamente forzado, de modo que en ocasiones era necesaria una interpretación tan extensiva que se corría el riesgo de convertir ciertas figuras delictivas en auténticos cajones de sastre, con el consiguiente peligro de vulneración del consagrado principio de legalidad penal.

⁷⁰ En el apartado XXIX del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, se establece así lo siguiente: “*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.*”

⁷¹ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Pág. 587. Tirant lo Blanch. 2013.

Asimismo, en mi opinión, el delito de acoso deviene totalmente necesario porque pese a que las actuaciones ejecutadas por el acosador en ocasiones eran ya contempladas por nuestro Ordenamiento, no se toma en consideración en ellas el desvalor añadido que produce la sistematización de estas conductas, el desasosiego que sufre la víctima, que se ve obligada a llevar a cabo cambios en su día a día para tratar de forma infructuosa de poner punto y final a la situación de hostigamiento a que es sometida.

Sin embargo, pese a mi posicionamiento a favor de la tipificación del delito, considero que la víctima podría verse perjudicada con la reforma. Ello así debido a que la pena prevista es inferior a la de otros delitos en los que el acoso se podría individualizar; en consecuencia, si la interpretación de la cláusula concursal prevista en el art. 172 ter se realiza respetando el *no bis in idem*, no se castigará por las coacciones correspondientes por ser el bien jurídico homogéneo y, por lo tanto, la pena impuesta al sujeto será menor que antes de la reforma.

En cuanto a la construcción del tipo respecta, en primer lugar estimo que hubiera resultado adecuado, tal y como se ha hecho en otros países, realizar varios estudios relativos al fenómeno de hostigamiento focalizados en determinar en qué ámbitos se produce más este tipo de conducta acosadora en la sociedad española o qué actuaciones integran con mayor habitualidad este tipo de comportamientos. El hecho de que los problemas de la sociedad vayan siempre un paso por delante de la legislación y sean los que marquen el ritmo de introducción de figuras jurídicas debe desembocar en que la solución que estas ofrezcan sean lo más adaptadas posibles a los conflictos a que vienen a poner fin. Así, pese a que el tipo penal está previsto de una forma amplia y general, de la jurisprudencia recaída hasta el momento podemos concluir que realmente los casos de acoso se reconducen en la inmensa mayoría a supuestos de exparejas.

Del mismo modo, considero que el tipo penal podía haber sido introducido con una técnica legislativa más depurada, puesto que tal y como hemos analizado se prevén numerosos problemas interpretativos con ciertas exigencias de este delito, especialmente teniendo en cuenta la introducción de ciertas fórmulas novedosas en nuestro ordenamiento jurídico-penal, como ocurre con la exigencia de insistencia y reiteración y de alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

A estas dificultades se le suma que dado la poca relevancia de la pena nos encontramos con que la mayoría de resoluciones recaídas hasta el momento no entran a realizar interpretaciones de los requisitos del tipo por ser sentencias de conformidad.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades*. Revista La ley penal. 2013. Número 105.
- Código Penal Alemán.
- Código Penal para el Estado de Baja California. Publicado en el Periódico Oficial Número 23, de fecha 20 de Agosto de 1989
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M. *Violencia de género en el trabajo, respuestas jurídicas a problemas sociales*. Mergablu. 2004.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. *Acoso y derecho penal*. Eguzkilore. 2011. Número 25.
- Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012..* Tirant lo Blanch. 2013
- GARCÍA ÁLVAREZ ... [ET AL]. *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Página 607. Tirant lo Blanch. 2013.
- GÓMEZ RIVERO, M.C. *El acoso: tratamiento penal y procesal*. Tirant lo Blanch. 2011
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *El nuevo delito del art.172 ter del CP y el acoso telemático: crónica de un desideratum represivo jurídico*. Actualidad Jurídica Aranzadi. 2016. Número 915.
- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant lo Blanch. 2013.
- Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada.

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- MAGRO SERVET, V. *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*. Ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado. 16 marzo 2015. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484
- MARTÍN ALBA, S. *Tratamiento integral del acoso*. Thomson Reuters Aranzadi. 2015
- MATALLÍN EVANGELIO, A. *Comentario a la reforma del Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. 2015.
- MENDOZA CALDERÓN, S. *Análisis de las reformas penales*. Tirant lo Blanch. 2015.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch. 2015.
- QUINTANAR DÍEZ, M. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 2015
- ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coord.) *Derecho Penal Parte General, Introducción teórica jurídica del delito*. Comares, S.L. 2016.
- TAPIA BALLESTEROS, P. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Bosch. 2016.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en el derecho penal español*. Cuadernos de política criminal. 2013. Número 109.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro*. Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV. 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Iustel. 2009.

RELACIÓN JURISPRUDENCIAL:

- SAP de Asturias 216/2005
- SAP de Badajoz 81/2000
- SAP de Barcelona 616/2010
- SAP de Barcelona 647/2008
- SAP de Burgos 39/2008
- SAP de Cáceres 321/2016

- SAP de Cádiz 48/2015
- SAP de León 85/2008
- SAP de Lleida 103/2002
- SAP de Madrid 298/2015
- SAP de Madrid 329/2015
- SAP de Madrid 407/2015
- SAP de Madrid 407/2015
- SAP de Madrid 470/2016
- SAP de Madrid 470/2016
- SAP de Madrid 799/2016
- SAP de Navarra 250/2004
- SAP de Navarra 32/2005
- SAP de Palma de Mallorca 247/2000
- SAP de Salamanca 470/2016.
- SAP de Sevilla 328/2009
- SAP de Sevilla 455/2007
- SAP de Sevilla 75/2016,
- SAP de Valencia 427/2008
- SAP de Valladolid 481/2003
- SAP de Zaragoza 180/2005
- SAP La Coruña 39/2003
- STS 306/2001
- STS 670/2006