



# **ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL DEL NUEVO DELITO DE ACOSO PERSONAL (art. 172 ter del Código Penal Español).**

Autor: D<sup>ª</sup>. ALMUDENA RAMÍREZ RAMÍREZ.

Director: D. JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS.

## **Grado en Derecho.**

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

Curso Académico: 2016 / 2017.

Fecha de defensa: JUNIO 2017

## ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ACOSO ANTES DE LA REFORMA DE 30 DE MARZO DE 2015. ....	7
1. CLASES DE ACOSO. ....	8
1.1 ACOSO SEXUAL.....	8
1.1. ACOSO LABORAL. ....	10
1.2. ACOSO INMOBILIARIO. ....	11
1.3. CIBERACOSO SEXUAL A MENORES. GROOMING.....	12
2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ACOSO PREDATORIO ANTES DE LA REFORMA DE 30 DE MARZO DE 2015.....	13
3. TOMA DE POSICIÓN.....	20
CAPÍTULO II. EL DELITO DE ACOSO EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL....	22
1. BIEN JURÍDICO.....	22
1.1. SEGURIDAD.....	22
1.2. INTEGRIDAD MORAL.....	23
1.3. LIBERTAD.....	24
2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE ACOSO EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL. ....	25
3. CONDUCTA TÍPICA. ....	27
3.1. “Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física”.....	30
3.2. Establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas. ....	31
3.3. “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.”.....	32
4. ANTIJURIDICIDAD. ....	33
5. CULPABILIDAD.....	36

6. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.....	39
7. PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	41
8. CONCURSOS.....	43
9. PENALIDAD.....	45
9.1. “Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”.....	46
9.2. “Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173”.....	47
CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	54
JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA.....	56

## INTRODUCCIÓN.

El pasado 1 de julio de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>1</sup>, por la que se modifica nuestro Código Penal de 1995 (en adelante LO 1/2015). Esta Ley Orgánica reformó de manera amplia el Código Penal español, siendo una de sus principales novedades el introducir en nuestro Ordenamiento Jurídico un nuevo delito de acoso, se trata del acoso de acecho o predatorio, denominado stalking conforme su terminología anglosajona. La introducción de este nuevo delito, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 está destinada a “*ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas (...)*”<sup>2</sup>.

La reforma, tipifica el delito de stalking en un nuevo artículo, el 172 ter. Se sitúa, por tanto, dentro de los delitos contra la libertad, concretamente dentro del capítulo dedicado a las coacciones tras el nuevo delito de matrimonios forzados.

La incriminación del delito de stalking tiene su origen en Estados Unidos en los años noventa. El motivo de querer tipificar estas conductas que hasta entonces no eran perseguibles por el Derecho Penal lo encontramos en los años ochenta, debido a la aparición de casos que, por afectar a personajes públicos atrajeron la atención de los medios de comunicación. Cabe mencionar el caso del cantante John Lennon quien fue asesinado por un fan a causa de disparos, al igual que el caso de Rebecca Shaeffer que tras ser acosada fue asesinada por un fan, siendo este último caso el que disparó todas las alarmas.

Aunque el delito de stalking tiene su origen en los países de tradición anglosajona, es decir del *Common Law*, su incriminación se ha ido extendiendo a países de Europa Continental como pueden ser Alemania, Austria o Italia.

Alemania incorporó el delito de acoso denominado *Nachstellung* en el año 2007, se tipifica en el Código Penal alemán en su parágrafo 238, ubicado dentro de los delitos contra la libertad personal. El legislador alemán redacta el precepto incluyendo un listado de conductas que simplemente servirán de modo ejemplificativo concluyendo dicho listado con una cláusula abierta. Todas las conductas requieren que se produzca una grave perturbación de la vida de la víctima por lo que, estaríamos ante un delito de resultado.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Preámbulo punto XXIX.

En el caso de Austria, el delito de stalking se incluye en el año 2006 en el Código Penal en su parágrafo 107. A diferencia del delito de acoso alemán este delito es de mera actividad ya que no se prevé resultado, otra diferencia que encontramos con el alemán es que en este delito no existe una clausula abierta, por lo que deducimos que las conductas que enumera son un *numerus clausus*.

A pesar de estas diferencias, la redacción del precepto austriaco coincide bastante con la de Alemania, más tarde ambos preceptos servirán de inspiración al legislador español para la redacción de su 172 ter.

Más tarde, Italia en el año 2009 incorporó en su Código Penal un delito específico de acoso denominado *atti persecutori*. Este delito queda redactado en el artículo 612 bis dentro del Capítulo referido a *Dei delitti contro la libertà individuale*. Este precepto, al igual que el alemán, se configura como un delito de resultado ya que, no se enumeran las conductas sino, simplemente se hace mención al resultado que estas deben generar en la víctima.

Así, el legislador español decidió incorporar con la LO 1/2015 el delito de stalking en nuestro Código Penal sirviéndose como inspiración de las regulaciones alemanas y austriacas.

El delito de stalking, es un tipo de acoso que, a pesar de haberse incriminado recientemente en el Código Penal, sus conductas no resultan novedosas para la sociedad, sino que incluso estas conductas si se realizan de manera aislada no resultan penalmente relevantes. Estas conductas que integran el delito de stalking son conductas que abarcan una variedad muy amplia de comportamientos de distinta naturaleza por lo que se hace muy difícil poder abarcarlas todas en un mismo precepto.

Es por ello que a lo largo de este trabajo nos ocuparemos de analizar dogmáticamente los elementos técnico jurídicos de este nuevo delito de stalking, así como su dimensión político criminal. Todo ello con el objetivo de concluir si esta figura era realmente necesaria, así como, analizar si la redacción de dicho precepto es adecuada para incriminar estas conductas de acoso.

Para llevar a cabo nuestro análisis, nos serviremos del método técnico jurídico valorando para ello tanto la doctrina científica como la jurisprudencia.

Este trabajo está estructurado en dos Capítulos: el primero de ellos se ocupa de analizar la incriminación del stalking antes de su incorporación en nuestro Código Penal. Encargándose el Capítulo II de la regulación actual del delito de acoso personal. Para

finalizar el trabajo, se exponen las conclusiones a las que hemos llegado tras el análisis desarrollado a lo largo del trabajo.

## CAPÍTULO I. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ACOSO ANTES DE LA REFORMA DE 30 DE MARZO DE 2015.

Nuestro Código Penal antes de la incorporación del delito de acoso por la LO 1/2015 preveía distintas modalidades de acoso (de las que nos ocuparemos de un modo más profundo más adelante) como son: el acoso sexual, el acoso laboral, el acoso inmobiliario y el ciberacoso sexual a menores o grooming. Estas clases de acoso no tienen una regulación unitaria dentro del código, sino que se han ido adhiriendo al Código de una manera progresiva. El acoso sexual fue el primer acoso incorporado al ordenamiento jurídico penal español, fue introducido por el Código Penal de 1995, en su artículo 184. Este artículo castigaba el acoso sexual que se producía dentro de “*una situación de superioridad laboral, docente o análoga*”, más tarde la reforma 11/1999, de 30 de abril<sup>3</sup> amplía este tipo de acoso sexual dentro “*de una relación laboral, docente o de prestación de servicios*”. Posteriormente con la LO 5/2010, de 22 de junio<sup>4</sup> se incorporan al Código el acoso laboral (artículo 173.1 2º párrafo del CP), el acoso inmobiliario (artículo 173.1 3º párrafo del CP) y el ciberacoso sexual a menores (artículo 183 ter del CP). Por último, la LO 1/2015, además de ampliar el delito de grooming, incluyó en el Código Penal el delito de acoso de acecho o predatorio (stalking)<sup>5</sup>.

Como veremos más adelante, en las modalidades de acoso previstas en el código antes de la LO 1/2015 no tienen cabida<sup>6</sup> las conductas tipificadas por el stalking, de manera que el delito de acoso predatorio en España se incriminaba “*acudiendo a distintos delitos contra bienes jurídicos de carácter personal que pueden verse afectados, (...) por la realización de conductas de stalking*”<sup>7</sup>. Los delitos a los que más se acude para la imputación del stalking son aquellos que tutelan bienes jurídicos “*que se consideran comprometidos por el delito de stalking en aquellos ordenamientos jurídicos que lo tienen incriminado*”<sup>8</sup>. Se trata, por tanto, de los delitos contra la libertad de obrar y dentro de ellos más concretamente las coacciones y las amenazas. También, aunque en menor

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

<sup>4</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>5</sup> V., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 63-64.

<sup>6</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 107.

<sup>7</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, en *Recrim: revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 4, 2010, p. 41.

<sup>8</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 41.

medida, los delitos de acoso sexual, delitos contra la intimidad y delitos de trato degradante<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, pasaremos ahora a analizar las formas de acoso ya incorporadas en el código de manera previa a la reforma de 30 de marzo de 2015.

## 1. CLASES DE ACOSO.

### 1.1 ACOSO SEXUAL.

El acoso sexual fue el primer delito de acoso incorporado en el ordenamiento jurídico español, fue introducido por el Código Penal de 1995 en su artículo 184 y posteriormente fue ampliado por la LO 11/1999, de 30 de abril, esta reforma lo estructuró en un tipo básico y dos agravados. Después la LO 15/2003, de 25 de noviembre<sup>10</sup> sustituyó las penas de arresto de fin de semana por prisión, además modificó las penas de multa<sup>11</sup>.

Este delito se ubica en el Capítulo III dentro del Título VIII del Código Penal dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, por lo que según su ubicación sistemática consideramos que el bien jurídico protegido de este delito de acoso se sitúa en la libertad sexual. Sin embargo, algunos autores defienden el bien jurídico de la integridad moral, ya que sería el que se lesiona con la consumación del delito, al crearse una situación intimidatoria<sup>12</sup>. Nosotros, al igual que la doctrina mayoritaria, situaremos al bien jurídico en la libertad sexual, en este sentido ORTS BERENGUER entiende que la conducta del acosador incide sobre la víctima en el proceso de decisión, en concreto la fase de formación de la voluntad, ya que *“la víctima tiene la opción de elegir entre atender la solicitud o ver perjudicadas sus expectativas laborales o de otra índole o verse obligada a soportar la situación incómoda creada por el acosador”*<sup>13</sup>.

La conducta típica del delito de acoso sería la solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o un tercero. Dicha solicitud debe ser seria e inequívoca, pudiendo ser el medio de expresión cualquiera, además se exige que la conducta sea indeseable y ofensiva para la

---

<sup>9</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 41.

<sup>10</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>11</sup> V., MUÑOZ CONDE, F., “Diversas modalidades de acoso punible en el Código Penal”, en *El acoso: tratamiento penal y procesal* (Martínez González, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 19.

<sup>12</sup> Cfr., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 68.

<sup>13</sup> ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”, en *Derecho penal. Parte especial* (González Cussac, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 202. Así lo entiende también. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 171.



víctima<sup>14</sup>. Se requiere, además que el acoso se desarrolle dentro de “*una relación laboral, docente o de prestación de servicios*” y esta relación debe ser continuada o habitual.

Una vez visto de manera breve el tipo básico del delito de acoso sexual cabe plantearnos si hubiera sido posible sancionar el delito de stalking a través de esta figura de acoso. VILLACAMPA ESTIARTE entiende en la mayoría de las ocasiones, los motivos que mueven a los stalkers a realizar la conducta acosadora son “*de carácter sentimental-sexual*” por lo que, coincidirían con los motivos del acoso sexual<sup>15</sup>.

Sin embargo, la autora rechaza la idea de que se pueda incriminar el delito de stalking a través del delito de acoso sexual por varios motivos:

En un primer lugar, el delito de acoso sexual se presenta como un delito especial ya que requiere, como ya hemos señalado, que entre acosador y víctima exista “*una relación laboral, docente o de prestación de servicios*”, en cambio, el delito de stalking se presenta como un delito común donde no se exigen características específicas ni para el sujeto activo ni pasivo ni siquiera para la relación entre ambos, siendo esta irrelevante<sup>16</sup>. En el caso de incriminar el delito de stalking a través del delito de acoso sexual estaríamos dejando fuera del tipo los casos de acoso entre conocidos, amigos, incluso extraños que no mantienen alguna de las relaciones antes señaladas, también estaríamos excluyendo los supuestos que se dan entre parejas o exparejas<sup>17</sup>, siendo estos casos los más comunes del delito de acoso predatorio.

En segundo lugar, califica la autora la conducta típica del acoso sexual como insuficiente para abordar todos los supuestos de stalking. La conducta del acoso sexual exige una solicitud de favores sexuales por parte del acosador para sí o un tercero, esta solicitud debe ser seria e inequívoca y además entre los sujetos debe existir una determinada relación, este delito de acoso sexual sólo tipifica el acoso sexual estricto o el de intercambio, es decir se requiere que la víctima este en una posición activa, dejando fuera el acoso ambiental.

---

<sup>14</sup> V., RJ 7º de la STS (Sala de lo penal), de 12 de abril de 2002 (JUR 2002/120119).

<sup>15</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 48.

<sup>16</sup> V., CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio”, en *La Ley Penal*, nº 121, 2016, p. 10.

<sup>17</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 49.

## 1.1. ACOSO LABORAL.

Este delito de acoso laboral o *mobbing* se incorpora al Código con la LO 5/2010, de 22 de junio, esta reforma añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 173 sobre acoso degradante, en el cual se castiga con la misma pena a *“los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”*.

En cuanto al bien jurídico del delito de acoso, teniendo en cuenta su ubicación sistemática dentro del Título VII del Código cuya rúbrica es “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, entendemos que el bien jurídico protegido será la integridad moral<sup>18</sup>.

Este tipo de acoso exige que el sujeto activo lleve a cabo la conducta acosadora abusando de su superioridad, por lo que, la intervención penal se verá restringida solo a los acosos verticales. Esto influye también a la autoría, pues sólo podrá ser autor quien ostente la posición de superioridad, siendo los demás partícipes<sup>19</sup>.

El acoso laboral, para VILLACAMPA ESTIARTE resulta también inadecuado para la incriminación del stalking. En un primer lugar debemos atender al bien jurídico protegido, el acoso laboral protege el bien jurídico de la integridad moral, es decir, *“el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, que impide considerar al individuo como medio y no como fin en sí mismo, bien con el derecho a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimiento físico o psíquico que tenga carácter humillante, vejatorio o envilecedor, esto es, a no padecer tratos degradantes o vejatorios, con independencia de que el sujeto pasivo consienta o no”*<sup>20</sup>. En consecuencia, *“todo atentado a la integridad moral requiere la producción de sentimientos de humillación y envilecimiento”*<sup>21</sup>, por lo que VILLACAMPA ESTIARTE entiende que estos sentimientos no se producen en la mayoría supuestos de stalking.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que el delito de acoso laboral requiere que la conducta del típica se de en el ámbito de una relación laboral o funcionarial además

---

<sup>18</sup> En este sentido, TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 77-78.

<sup>19</sup> ARNAU CUERDA, ML., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en *Derecho penal. Parte especial* (González Cussac, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 155.

<sup>20</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 46.

<sup>21</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 46.

debe mediar una situación de superioridad entre el acosador y su víctima. Estas exigencias, señala VILLACAMPA ESTIARTE, dejan fuera los casos de stalking que se produzcan fuera de esa relación laboral o funcional como puede ser el acoso entre amigos, parejas o exparejas y en el caso de producirse en la relación laboral o funcional seguirían quedando fuera los supuestos de stalking donde no concurra esa relación de superioridad entre el acosador y la víctima<sup>22</sup>.

## 1.2. ACOSO INMOBILIARIO.

El delito de acoso inmobiliario o blockbusting se incorporó al Código Penal con la LO 5/2010, de 22 de junio, esta ley incorporó un tercer párrafo al artículo 173.1.

Este tipo de acoso es definido por TAPIA BALLESTEROS como *“la situación en la que se llevan a cabo una serie de actos dirigidos, habitualmente, a que se abandone una vivienda”*<sup>23</sup>.

En cuanto al bien jurídico protegido de este delito de acoso debemos situarlo en la integridad moral por dos motivos: en primer lugar, por su ubicación sistemática en el Código en el Título VII bajo la rúbrica de *“las torturas y otros delitos contra la integridad moral”* y, en segundo lugar, por la descripción de la propia conducta típica del delito<sup>24</sup>.

La conducta típica del acoso inmobiliario se castiga con la misma pena que el delito general de trato degradante y su estructura resulta equivalente a la de acoso laboral de manera que, la conducta típica queda redactada de la siguiente forma: *“Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”*.

Como podemos observar en este tipo de acoso si se hace referencia expresa a la reiteración de los actos, por lo que será esa continuidad la que provoque la lesión a la integridad moral de la víctima<sup>25</sup>.

En cuanto a la relación del acoso inmobiliario con el delito de stalking, cabe resaltar que serán los mismos motivos que los del acoso laboral los que harán inviable su incriminación por este tipo.

---

<sup>22</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 47.

<sup>23</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 84.

<sup>24</sup> V., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 86.

<sup>25</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 87.

### 1.3. CIBERACOSO SEXUAL A MENORES. GROOMING.

Este delito de ciberacoso fue introducido al Código Penal español por la LO 5/2010 en su artículo 183 bis, situando el delito en el Título VIII del Capítulo II bajo la rúbrica “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”. Posteriormente, la reforma 1/2015 modifica el delito de ciberacoso trasladándolo a un nuevo 183 ter y añadiendo un nuevo párrafo quedando la redacción final del delito de acoso de la siguiente manera:

*“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”* y su segundo párrafo: *“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”*.

Con esta reforma se produce una ampliación de la edad del sujeto pasivo que pasa de ser 13 años a 16 años. Para VILLACAMPA ESTIARTE esta ampliación de edad tiene sentido ya que adapta el precepto a la realidad criminológica por ser estos menores las víctimas con más riesgo de sufrir un ciberacoso sexual<sup>26</sup>.

El bien jurídico protegido por este precepto se sitúa, siguiendo a VILLACAMPA ESTIARTE, en la indemnidad sexual entendida *“como el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o incluso (...) el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual”*<sup>27</sup>.

En cuanto a la conducta típica nos encontramos con dos: en primer lugar, la conducta de contactar con un menor de 16 años y proponer concertar un encuentro y en el segundo

---

<sup>26</sup> Cfr., VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 175-176. y TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 94.

<sup>27</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, op. cit., p. 158.

párrafo, tenemos la conducta de contactar con un menor de 16 años y embaucarle para conseguir material pornográfico o conseguir que le enseñe imágenes pornográficas en las cuales aparezca un menor.

Cabe ahora preguntarnos si este tipo de ciberacoso nos serviría para poder reconducir a él las conductas de ciberstalking. VILLACAMPA ESTIARTE hace referencia a las limitaciones que posee el delito de ciberacoso, estas hacen inviable la incriminación del stalking a través de este precepto. Esto es debido, por un lado, a que el precepto se limita a proteger a los sujetos pasivos menores de 16 años quedando desprotegidos las víctimas de acoso cuya edad supere los 16. Por otro lado, el precepto requiere que el sujeto activo realice actos de acercamiento con el fin de cometer algún delito sexual de los descritos en los artículos 183 y 189 del Código, esto se aleja de la conducta de stalking porque, como señala VILLACAMPA ESTIARTE, el motivo que impulsa al stalker a cometer los actos de acoso no siempre es sexual, y para los casos en los cuales el móvil si es sexual, no tiene por qué concretarse en una conducta sexual delictiva en sí misma. Para finalizar, VILLACAMPA ESTIARTE hace referencia al rechazo de la víctima ante la conducta acosadora. En el caso del ciberacoso debido a la escasa edad de la víctima no se le reconoce *“el derecho a la autodeterminación en la esfera sexual”*, es decir, que el rechazo del sujeto pasivo no resulta determinante para que se colme el tipo, en cambio, en el delito de stalking el rechazo de la víctima es una de las exigencias del tipo. Finalmente, VILLACAMPA ESTIARTE concluye, que *“nos hallamos más ante un tipo en el que incriminar una suerte de corrupción telemática de menores, que puede tener incluso tintes de seducción, atendida la desigualdad en la edad de autor y víctima, que ante un tipo en el que subsumir supuestos de acoso cibernético”*<sup>28</sup>.

## 2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ACOSO PREDATORIO ANTES DE LA REFORMA DE 30 DE MARZO DE 2015.

Una vez analizados los tipos de acoso existentes en el código Penal antes de la LO 1/2015 podemos afirmar que las conductas que integran el delito de stalking no tienen cabida en ninguna de las formas de acoso existentes en el Código antes de la incorporación del artículo 172 ter. Por ello resulta necesario analizar el tratamiento jurisprudencial dado al stalking antes de su incorporación al Código Penal, con ello

---

<sup>28</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 50.

veremos como la mayoría de supuestos son reconducidos por los tribunales a los delitos contra la libertad, en especial el delito de coacciones. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra<sup>29</sup>. En esta Sentencia se plantea un recurso contra la Sentencia del juzgado de lo Penal N.º 3 de Pamplona, de 21 de junio de 2004, los hechos enjuiciados son los siguientes:

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

Como podemos comprobar estaríamos ante una conducta típica de acoso, en la que el sujeto A realiza conductas tales como perseguir, vigilar, buscar la cercanía física... creando en la víctima B una situación de temor que hacen que su vida cotidiana se vea alterada *“dejando de salir o haciéndolo acompañada”* y todo ello con una reiteración e insistencia.

Los hechos fueron calificados por el tribunal como un delito de coacciones puesto que *“a partir de los actos de violencia psíquica que el acusado ejerció (...), intentó, forzosamente, obligarla a aceptar una relación que ella no deseaba y que expresamente*

---

<sup>29</sup> SAP de Navarra (Secc. 3º), de 9 de marzo de 2005 (JUR 2005/167006).

*había rechazado y, por tanto, a compelerle a que hiciera algo que no quería", creando de este modo "una situación de acoso en la que se limita significativamente la capacidad de desarrollo vital de una persona, que coarta su libertad y obliga, dado el temor que producía tal situación en la menor, a efectuar importantes cambios en su vida cotidiana"*<sup>30</sup>.

La Sentencia del juzgado de lo Penal N.º 3 de Pamplona fue recurrida a la Audiencia Provincial de Navarra siendo este desestimado por considerar correcta la calificación de los hechos como un delito de coacciones debido al marcado carácter de persistencia y reiteración de los mismos.

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya<sup>31</sup> resuelve las conductas que actualmente podríamos calificar como acoso predatorio, dentro del 172 ter, mediante coacciones. Podemos resumir los hechos probados como los siguientes:

*“Que A, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental sin convivencia durante 21 años con B, domiciliada en Bilbao, que cesó en marzo de 2005, momento a partir del cual Ambrosio acudiendo de forma reiterada a su domicilio sito en (...), lugares que esta frecuenta y lugares de trabajo (...), tomándose una consumición mientras la observa, trató de mantener el control sobre los movimientos de B y que ésta continuara en contacto con él contra la voluntad de aquélla, impidiéndole desarrollar una normal y sosegada actividad cotidiana, tanto en un plano laboral como personal, obligando a B a modificar sus hábitos de comportamiento no pudiendo llevar una vida normal, de modo que para acudir al trabajo y volver a su casa requiere la compañía de (...), denunciando estos hechos por primera vez el 26 de noviembre de 2007. El día 25 de noviembre de 2007 a las 00:40 horas A se encontraba en las inmediaciones de la cafetería (...), percatándose de su presencia la hija de A, que llamó a la Ertzaintza. El día 1 de abril de 2008 A se encontraba en el portal del domicilio de A (...) esperándola, abandonando el lugar cuando vio que iba a llamar por teléfono. En fecha 3 de abril de 2008 por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer N° 1 de Bilbao se dictó auto imponiendo a A como medida cautelar durante la tramitación de la causa la prohibición de acercarse a B, a su domicilio (...), y a su lugar de trabajo (...) y a cualquier otro lugar frecuentado por ella a una distancia inferior a 100 metros debiendo abandonar de inmediato los lugares en los que ambos se encuentren de forma casual. Como consecuencia de estos hechos B presenta malestar psicológico”.*

---

<sup>30</sup> FD 3º de la SAP de Navarra (Secc. 3º), de 9 de marzo de 2005 (JUR 2005/167006).

<sup>31</sup> SAP de Vizcaya (Secc. 6º), de 29 de junio de 2009 (JUR 2009/369536).

El Juzgado de lo Penal N.º.4 de Bilbao ante estos hechos absolvió a A de un delito de maltrato habitual y lo condenó como autor de un delito continuado de coacciones en el ámbito familiar, ante el fallo del tribunal A interpuso un recurso ante la Audiencia Provincial de Vizcaya. El tribunal resolvió dicho recurso condenando al acusado por un delito de coacciones en lugar de un delito continuado de coacciones, ya que la Audiencia Provincial consideró que, aunque conductas del acusado tienen *“un indudable componente coercitivo, dirigido a doblegar la voluntad de la víctima. (...) también es evidente que el ilícito deriva de la reiteración de la conducta. Dicho de otro modo, un solo encuentro o encuentros aislados no serían suficientes para configurar la infracción penal. Es evidente que en la sentencia se tiene en cuenta el hostigamiento continuo y la reiteración para llegar a la conclusión de la existencia de una coacción penalmente relevante (...)”*<sup>32</sup>. El tribunal consideró, por tanto, que no cabía apreciar la continuidad delictiva ya que ésta ya se tuvo en cuenta para la configuración del ilícito penal.

Como podemos ver ambas sentencias resuelven las conductas de stalking a través del delito de coacciones esto es criticado por VILLACAMPA ESTRIARE, la autora no considera adecuado reconducir las conductas de stalking a las coacciones por varios motivos:

El primer problema que podemos destacar proviene de la estructura típica del delito de coacciones, este delito incluye la exigencia del *“empleo de la violencia como medio comisivo”*, para la autora el empleo de la violencia o *vis física* debe ser para *“impedir lo que la ley no prohíbe o compeler a hacer cualquier cosa”*. La jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de violencia acogiendo tanto la *vis física* como la *vis compulsiva* o intimidación, es decir el concepto de violencia incluiría *“cualquier impedimento al ejercicio de una libertad jurídicamente reconocida”*. A pesar de esta amplia interpretación, la autora considera que, si interpretamos el concepto violencia de forma literal, es decir requiriendo el empleo de la fuerza física, se dejaría fuera la mayoría de supuestos de stalking<sup>33</sup>.

De igual modo, considera que el elemento subjetivo plantea problemas. El delito de coacciones exige también un dolo específico que consiste en que *“el impedimento a la libertad de actuación ajena”* debe constituir la finalidad de la conducta del stalker. Esta exigencia tampoco se cumple en la mayoría de supuestos de stalking.

---

<sup>32</sup> FD 1º de la SAP de Vizcaya (Secc. 6ª), de 29 de junio de 2009 (JUR 2009/369536).

<sup>33</sup> VILLACAMPA ESTRIARE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., pp. 43-44.



Es por estos motivos por los que la autora no considera al delito de coacciones como una correcta vía a través de la cual incriminar los supuestos de acoso predatorio.

Como ya advertimos, la mayoría de supuestos de stalking eran reconducidos por la jurisprudencia a los delitos contra la libertad de obrar, en especial a los delitos de coacciones, pero también era habitual que supuestos muy similares se calificaran de distinta manera, uno como delito de coacciones y otro como delito de amenazas. Esto era debido al amplio concepto de violencia recogido en el artículo 172. Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de junio<sup>34</sup>, que califica los hechos prácticamente idénticos a los descritos en la anterior sentencia, como un delito de amenazas. Los hechos probados son:

*“Entre las 9:00 y las 12:36 horas del día 26 de julio de 2008, el acusado A, mayor de edad, llamó hasta en 52 ocasiones al teléfono de su mujer B, divorciados por sentencia aún no firme, y para lo que se servía del sistema de llamadas con identidad oculta. En alguna ocasión B descolgaba el teléfono sin obtener respuesta, recibiendo hasta 9 llamadas más cuando estaba declarando ante el Juez de Instrucción. Igualmente resulta probado que el acusado casi a diario espera a B a la puerta de su domicilio en actitud vigilante y de acoso. A principios del mes de julio de 2008, el acusado se cruzó con B por la calle y le dijo "te voy a matar a ti y a tu hijo para que no te quedas con el piso".”*

Ante los hechos, el Juzgado de lo Penal número 6 de Sevilla condeno a A por un delito continuado de coacciones y un delito de amenazas leves en la pareja, no estando el acusado conforme con dicha calificación de los hechos interpuso recurso ante la Audiencia Provincial de Sevilla. El tribunal resolvió el recurso considerando que sólo estaríamos ante un delito de amenazas y no de coacciones ya que *“una cosa es que el delito de coacciones actúe, en términos de la dogmática alemana, como "tipo de arrastre" en el marco de los delitos contra la libertad, y otra bien distinta que su aplicación a supuestos cada vez más lejanos de su configuración típica y de su objeto de protección lo convierta en un mero "cajón de sastre" que acabe por arrastrar el principio de legalidad. Esto último es lo que ocurre, entendemos, cuando la sentencia de instancia considera que el acoso telefónico y el acecho personal del acusado a su ex esposa deben subsumirse en el delito de coacciones leves en la pareja del artículo 172.2 del Código Penal, en cuanto se trataría de una "conducta que evidentemente resulta idónea para intimidar a la víctima y constituye una vis compulsiva adecuada para restringir su*

---

<sup>34</sup> SAP de Sevilla (Secc. 4ª), de 8 de junio de 2009 (JUR 2009/377646).

*libertad, impidiéndole deambular libremente por su propio barrio". Obsérvese que en el argumento acaban por desaparecer las llamadas telefónicas (que mal pueden afectar a la libertad ambulatoria), se utiliza simultáneamente la intimidación de la víctima como medio comisivo y como resultado de la acción, se confunde intimidación con temor subjetivo de la víctima y se emplea el adverbio "libremente" como si fuera sinónimo de "tranquilamente", pues es la tranquilidad en el ejercicio de la libertad ambulatoria, y no tal libertad en sí misma, en cuanto pura libertad de obrar, la que se ve comprometida por la conducta de acecho."*<sup>35</sup>.

En este caso se realizó una interpretación amplia del concepto de violencia, esto hace difícil deslindar las coacciones de las amenazas. TAPIA BALLESTEROS entiende que no existiría dicho problema si estos casos se solucionaran aplicando el artículo 173.2. donde se alude a la "violencia física o psíquica" ejercida habitualmente <sup>36</sup>.

En cuanto a la adecuada aplicación del delito de amenazas para los supuestos de stalking resulta cuestionada por VILLACAMPA ESTIARTE debido a los elementos típicos de este tipo de delito.

El delito de amenazas requiere "el anuncio de un mal" y debe ser "como mínimo adecuada para causar temor o intimidar", estas exigencias no se cumplen en el delito de stalking, ya que el stalker no realiza las conductas de acosar con el fin de intimidar ni causar en la víctima un sentimiento de temor, sino que en la mayoría de ocasiones lo que intenta el acosador es intentar "entablar una relación" con el sujeto pasivo. Además, el delito de amenazas es un delito de expresión, que exige que se anuncie un mal serio y real, esto provoca que sea aún más complicado subsumir la conducta de stalking en este delito ya que hay supuestos en los cuales "la conducta amenazante del stalker no vaya acompañada de (...) verbalización de expresión amenazante alguna", existen supuestos en los cuales la "conducta resulta agobiante, coartadora de la libertad vital del sujeto pasivo, pero no amenazante."<sup>37</sup>.

Otro motivo por el cual no resulta adecuado reconducir los supuestos de stalking al delito de amenazas es el sujeto activo de éste. En el delito de amenazas, el sujeto pasivo debe ser amenazado por su familia o personas con las que tenga una íntima vinculación. Por lo que, en el caso del stalking, se quedarían fuera los supuestos en los cuales la

---

<sup>35</sup> FJ 2º de la SAP de Sevilla (Secc. 4ª), de 8 de junio de 2009 (JUR 2009/377646).

<sup>36</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 114.

<sup>37</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro", op. cit., p. 42.

amenaza provenga de amigos, compañeros... y además los supuestos en los cuales la amenaza no recaiga directamente sobre la víctima sino sobre su familias o amigos<sup>38</sup>.

Finalmente, la jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de dolo en el delito de amenazas, es decir, se requiere por parte del sujeto activo una voluntad de causar temor en la víctima, esta voluntad no tiene por qué concurrir en los supuestos de stalking<sup>39</sup>.

Resulta importante también hacer una breve referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 4 de marzo de 2004<sup>40</sup>. En esta sentencia se califican las conductas de acoso como un delito contra la integridad moral, los hechos probados son los siguientes:

*"El acusado A, mayor de edad y sin antecedentes penales, conoció en el año 2001 a B, en una tienda de comestibles (...). (...) aproximadamente en el mes de abril del año 2001, el acusado invitó en cierta ocasión a tomar café a B, quien se negó a ir con él, negativa y rechazo que no aceptó el acusado, y que determinó que el mismo desde entonces, a los efectos de inquietar o molestar, comenzara a frecuentar las inmediaciones del lugar donde trabajaba B (...), así como a remitirle pequeños regalos que la misma siempre rechazaba, a dejarle notas en el parabrisas del coche y a llamarla por teléfono en reiteradísimas ocasiones y a todas horas; llamadas en las que le decía putita, que era una tía mala, que deseaba que le entrara un cáncer, así como loca, levántate ya, (...), y que si no se tomaba un café con él la denunciaría a ella y a su hermano. Asimismo cuando la veía le dirigía las expresiones tales como guarra, tía mala, ven para acá, te vas a enterar. El 24 de mayo de 2002 el acusado se personó (...), donde B se encontraba trabajando, limpiando las escaleras, arrinconándola y sujetándola, ante lo cual la misma se defendió dándole con una escoba. La persistencia de esta situación de acoso motivó que B se viera obligada a interponer denuncias contra el acusado (...).*

El Juzgado de lo penal número 12 de Sevilla ante tales conductas dictó sentencia condenando al acusado por un delito contra la integridad moral. Posteriormente el acusado interpuso contra dicha sentencia recurso que fue resuelto por la Audiencia Provincial confirmando la sentencia impugnada. El tribunal fundamenta su fallo en que *"la gravedad y reiteración de las conductas vejatorias y de acoso moral reseñadas en los hechos probados suponen un ataque al bien jurídico protegido, la dignidad personal*

---

<sup>38</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro", op. cit., p. 42.

<sup>39</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro", op. cit., p. 43.

<sup>40</sup> SAP de Sevilla (Secc. 4ª), de 4 de marzo de 2004 (JUR 2004/126194).

*del sujeto pasivo, que no puede quedar constreñido al ámbito de las infracciones veniales. (...) la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, con la declarada intención de dotarlo de una mejor colocación sistemática, ha situado el delito de violencia doméstica habitual como un subtipo específico del delito genérico contra la integridad moral, integrando uno y otro dos números del mismo artículo 173; siendo así que en el caso enjuiciado nos encontramos con un supuesto de auténtica violencia psíquica habitual, aunque ejercida contra una víctima que no se encuentra en el círculo de personas protegidas por el entonces vigente artículo 153 y actual artículo 173.2 del Código Penal. como señala la (...) sentencia 819/2002, el delito contra la integridad moral y la falta de vejaciones injustas se hallan en una misma línea de ataque, diferenciándose por la gravedad del atentado a la integridad moral en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, nos parece indudable que el acoso telefónico, escrito y personal que sufrió la denunciante excede con mucho la gravedad del injusto que puede ser abarcada por la falta del artículo 620.2 del Código Penal, ni siquiera con el carácter de continuada, por lo que su calificación conforme al artículo 173 debe reputarse la única adecuada.”<sup>41</sup>.*

Con esta sentencia finalizamos nuestro análisis jurisprudencial, en el cual observamos, tal como señala TAPIA BALLESTEROS, la inexistencia de un concepto general de acoso provocando que unos mismos hechos sean calificados de manera dispar <sup>42</sup>.

### 3. TOMA DE POSICIÓN.

El hecho de poder reconducir las conductas de stalking a otros delitos ya previstos en el Código Penal, como ya hemos visto, puede llevarnos a preguntarnos si realmente era necesario crear este nuevo precepto de acoso o si, por el contrario, servían los delitos que ya incluía el Código Penal y que hemos estado analizando anteriormente para poder incriminar las conductas de stalking.

Si bien, la creación del delito *ah doc* ha sido criticado por un sector minoritario de la doctrina, aunque la doctrina mayoritaria es partidaria de la creación de este delito como es VILLACAMPA ESTIARTE. Esta autora ya proponía, antes de la LO 1/2015, la incorporación al código de un supuesto específico de acoso ubicado sistemáticamente junto con los delitos contra la libertad de obrar ya que *“la prestación insidiosa de atenciones no deseadas pueden entrañar una trascendente limitación de la libertad de*

---

<sup>41</sup> FD 2º de la SAP de Sevilla (Secc. 4ª), de 4 de marzo de 2004 (JUR 2004/126194).

<sup>42</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 116.

*obrar*”<sup>43</sup>, además la autora advierte que la intervención del derecho penal debe ser conforme a la “*racionalidad ética*”, es decir, la intervención del derecho penal se considerará racional cuando “*dicha conducta se considere gravemente lesiva, en el sentido de afectar sustancialmente a la convivencia social externa de todos los integrantes de la sociedad, y no solamente de los pertenecientes a un grupo de presión o a un colectivo, y cuando tal dañosidad pueda verificarse.*”<sup>44</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, para finalizar, consideramos que, si era necesaria la creación de este nuevo 172 ter. Esto es debido a que, como hemos podido comprobar antes de la incorporación por la LO 1/2015 del delito de stalking, tanto doctrina como jurisprudencia reconducían las diferentes conductas que hoy se incluyen en el delito de stalking, a través de otras figuras delictivas ya incorporadas en el código. Estas figuras delictivas como ya hemos podido observar no eran suficientes para incriminar los supuestos de acoso ya que muchas de ellas dejaban fuera muchos supuestos que integran el stalking y que sí recoge el actual 172 ter. Por otro lado, también el hecho de que no exista un supuesto específico de acoso personal donde poder subsumir estas conductas de vigilancia, persecución... provoca que la jurisprudencia para hechos idénticos se den soluciones y calificaciones dispares. Por todo ello consideramos que las figuras existentes en el ordenamiento jurídico penal español no eran suficientes para resolver los casos de stalking y su incorporación al Código Penal era necesaria.

---

<sup>43</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 54.

<sup>44</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, op. cit., p. 55.

## CAPÍTULO II. EL DELITO DE ACOSO EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL.

### 1. BIEN JURÍDICO.

La exposición de motivos de la LO 1/2015<sup>45</sup> incluye el delito de acoso dentro de los delitos contra la libertad lo que nos lleva a identificar el bien jurídico del tipo penal en la libertad de obrar del sujeto, no obstante, TAPIA BALLESTEROS advierte que *“la ubicación sistemática de una norma constituye el primer indicativo del bien jurídico protegido que se tutela a través de ella. Si bien, La precipitación de la elaboración del Código Penal de 1995, así como de alguna de sus reformas, han provocado que no se adecuado realizar una correlación automática entre la rúbrica de los Títulos y los bienes jurídicos que se protegen en los tipos penales correspondientes. (...) Por ello debemos llevar a cabo un análisis del precepto dirigido a identificar el bien jurídico tutelado”*<sup>46</sup>.

La sentencia del juzgado de instrucción de Tudela, de 23 de marzo de 2016<sup>47</sup> nos señala que, a pesar de ser el bien jurídico de la libertad el más afectado por el delito de acoso, *“también pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso”*. Estaríamos pues, ante un delito pluriofensivo, es decir, según la jurisprudencia el delito de acoso afectaría a más de un bien jurídico. Por ello vamos a realizar un análisis los principales bienes jurídicos afectados.

#### 1.1. SEGURIDAD.

Según la exposición de motivos de la LO 1/2010, el artículo 172 ter viene a proteger tanto el bien jurídico de la libertad, así como la seguridad de la víctima.

El bien jurídico de la seguridad es entendido por la SJI de Navarra, como *“el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal”*<sup>48</sup>. Si bien, continua la sentencia diciendo que *“sólo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible”*. Por lo que de acuerdo con la exposición de motivos de la LO 1/2015, el bien jurídico de la seguridad se protege junto a la libertad.

El sector de la doctrina que defiende la seguridad del individuo como bien jurídico del delito de acoso, y en concreto GALDEANO SANTAMARIA, entienden que, para que la

---

<sup>45</sup> Preámbulo punto XXIX.

<sup>46</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 134.

<sup>47</sup> FD 1º de la SJI de Tudela, Navarra, de 23 de marzo de 2016 (ARP 2016/215).

<sup>48</sup> FD 1º de la SJI de Tudela, Navarra, de 23 de marzo de 2016 (ARP 2016/215).

conducta del acosador tenga relevancia penal debe atacar tanto la libertad de la víctima, como su sentimiento de seguridad.

TAPIA BALLESTEROS, concibe este bien jurídico desde un punto de vista subjetivo, entendiéndose que la alteración de la vida del sujeto es debida al miedo que pueda sentir la víctima por lo que el acosador pueda llegar a hacer y no a la conducta realmente efectiva del acosador. Por otro lado, entiende que, también se puede concebir desde una perspectiva objetiva en la que lo relevante para que se produzca la consumación del tipo es si a la víctima se le produjo una lesión de los presupuestos objetivos individuales de la libertad de actuación. Por lo que no sería relevante si el sujeto ha sido acosado o si las conductas que realizó el acosador eran objetivamente aptas para ello<sup>49</sup>.

No obstante, entendemos que este tipo no pretende garantizar el derecho a no ser molestado, ya que se estaría vulnerando el principio de intervención mínima del derecho penal<sup>50</sup>. Por lo que la seguridad en sí misma no podrá ser el bien jurídico del delito de acoso, sino que requiere que, además, se limite la libertad de actuar de la víctima.

## 1.2. INTEGRIDAD MORAL.

En cuanto a la integridad moral como bien jurídico del delito de acoso, cabe resaltar que es la línea que mantiene la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia además de los textos supranacionales como es la directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Desde esta perspectiva, para MATALLÍN EVANGELIO, el resultado típico del delito lo constituye la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana que debería vincularse con el bien jurídico integridad moral y con la creación de un clima hostil u ofensivo para el sujeto, aunque esto también afectaría a la libertad del sujeto en su toma o ejecución de decisiones ya que lo llevaría a modificar de forma indirecta determinadas conductas integrantes de su vida diaria, pero esto no constituiría el objeto formal del delito. Por ello esta forma de acoso personal del art. 172 ter como el resto de acosos

---

<sup>49</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 140.

<sup>50</sup> MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de stalking: análisis del artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código penal de 2013”, en *Análisis de las reformas penales* (Francisco Muñoz, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 127.

típicos lesionaría de una manera directa la integridad moral del sujeto y de forma mediata su libertad<sup>51</sup>.

### 1.3. LIBERTAD.

La exposición de motivos de la LO 1/2015 sitúa el delito de acoso dentro de los delitos contra la libertad.

Resulta importante esclarecer que fase de la libertad resulta afectada. Siguiendo a TAPIA BALLESTEROS, *“la libertad de obrar protegida por el ordenamiento jurídico-penal se identifica con la libertad de decisión y de actuación”*, por lo tanto, el ataque puede producirse bien durante la formación de la decisión o bien cuando ésta se va a ejecutar<sup>52</sup>.

Por contra, MATALLÍN EVANGELIO entiende que la fase que resulta limitada es la fase de ejecución. Se enlaza *“el resultado de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana con la fase de ejecución de libertad del sujeto, que realizaría actos de la vida ordinaria de forma distinta a la deseada (u omitiría otros queridos) como consecuencia de las conductas de acoso sufridas”*<sup>53</sup>. No obstante, la SJI de Navarra al igual que TAPIA BALLESTEROS, entiende que, *“las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso (...)”*<sup>54</sup>.

De acuerdo con la sentencia y con la exposición de motivos, consideramos que el bien jurídico afectado es la libertad de obrar junto con la seguridad del individuo, independientemente de que puedan verse afectados otros bienes como es la integridad moral. El delito de stalking requiere, como veremos, que se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo por lo que la conducta del sujeto activo deberá limitar la libertad de toma de decisiones, siendo la causa de dicha limitación la inseguridad de la víctima.

---

<sup>51</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 577 y 576.

<sup>52</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 139.

<sup>53</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 577.

<sup>54</sup> FD 1º de la SJI de Tudela, Navarra, de 23 de marzo de 2016 (ARP 2016/215).



## 2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE ACOSO EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL.

En cuanto a su estructura típica cabe resaltar la sentencia del JI de Navarra de 23 de marzo de 2016 que nos indica que se trata de un delito común que puede cometerse por cualquier persona: *“ya que el texto utiliza la expresión " el que ". Por tanto, puede cometerse por cualquier persona. De la misma manera, utiliza el término "persona " para referirse al sujeto pasivo del delito. (...) se trata de un delito que se introduce pensando en el ámbito de la violencia de género, pero no se exigen características específicas del sujeto activo y pasivo, incluyendo tanto hombres como mujeres y siendo la relación entre ellos irrelevante. Ahora bien, (...), se establece un subtipo agravado para cuando el acoso se produzca en el ámbito familiar”*<sup>55</sup>. Se trata a su vez de un delito doloso ya que sólo va a ser punible cuando exista conocimiento y voluntad sobre los elementos que integran el tipo objetivo, incluyendo el resultado de la conducta.

El delito de acoso se configura como un tipo mixto alternativo ya que el tipo penal prevé en su redacción varias modalidades de comisión así la conducta del sujeto activo queda perfeccionada con la realización de cualquiera de ellas. También es posible que realice varias de las conductas recogidas conformando una unidad típica.

Además, es un delito de resultado pues a la conducta típica del acoso le debe seguir la producción de un resultado, que en este caso será la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima<sup>56</sup>. Para algunos autores como MAGRO SERVET la alteración grave de la vida cotidiana puede demostrarse con la simple declaración de la víctima ya que si exigiéramos una prueba pericial psicológica en la que se acredite la afectación a la psique, el acosador podría realizar estas conductas sobre las víctimas mentalmente más fuertes sin que constituya delito<sup>57</sup>. En cambio, MAUGERI entiende que el temor debe ser el resultado de la conducta amenazadora, valorándose el temor desde el punto de vista subjetivo<sup>58</sup>. No obstante, a pesar de las interpretaciones que se plantean estos autores, la alteración en el desarrollo de la vida es un elemento del tipo penal que exige un resultado

---

<sup>55</sup> FD 1º de la SJI de Tudela, Navarra, de 23 de marzo de 2016 (ARP 2016/215).

<sup>56</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Artículo 172 ter.”, en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (Morales Prats, coord.), Aranzadi, Cizur menor (Pamplona), 2016, p. 4.

<sup>57</sup> 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 de marzo de 2015, p. 15. Puede consultarse en <https://www.fiscal.es>.

<sup>58</sup> MAUGERI, A.M., “El stalking como delito contra la intimidad”, en *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad. Aspectos referidos a los delitos contra la vida y la salud, violencia de género, stalking, contra la libertad y la indemnidad sexuales y el dopaje* (Doval Pais, A, dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 78-82.

concreto que debe fundarse en un temor por su seguridad o una grave alteración de sus condiciones de vida<sup>59</sup>.

La redacción del delito de acoso en el proyecto de Ley por la que se modifica el Código Penal de octubre de 2012<sup>60</sup> gozaba de un quinto apartado que consistía en una cláusula de cierre de carácter aperturista: “5.º *Realice cualquier otra conducta análoga a las siguientes*”. Esta cláusula de cierre, era idéntica a la que contempla el CP alemán en su párrafo 238 (1) 5, permite dar cabida por vía interpretativa a cualquier otra modalidad de comportamiento distinto a los enumerados pero capaces de producir el mismo efecto<sup>61</sup>. La regulación alemana del delito de acoso no queda exenta de polémica, en concreto esta cláusula abierta (*eine andere vegleichbare Handlung vornimmt*), presenta serias dudas sobre su constitucionalidad<sup>62</sup>.

En nuestro sistema la cláusula abierta que incorporaba el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal fue alabada por el informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ)<sup>63</sup> indicando que “*parece adecuado a la pluralidad de comportamientos que pueden integrar el acoso*”. En contra de esta valoración positiva tenemos el consejo de estado y el consejo fiscal que reconoce “*la dificultad que supone hacer una enumeración exhaustiva de tales conductas y la imposibilidad de establecer un “*numerus clausus*” dada la diversidad de comportamientos que pueden darse en la práctica que sean susceptibles de integrar esta figura delictiva, pero una formulación tan abierta genera una inseguridad jurídica no deseable y resulta contraria a los principios de legalidad y taxatividad en la formulación de los tipos (art. 25 CE)*”<sup>64</sup>.

Finalmente, la cláusula terminó por eliminarse evitando así los problemas de inseguridad jurídica que se podrían haber generado de haberse mantenido en su redacción final. Pero esto a su vez provocará, como ha señalado PALMA HERRERA, “*interpretaciones forzadas de las modalidades recogidas y futuras modificaciones del precepto en la*

---

<sup>59</sup> CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio”, en *La Ley Penal*, op. cit., p. 15.

<sup>60</sup> Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>61</sup> PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), Dykinson, Madrid, 2015, p. 407.

<sup>62</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p.55.

<sup>63</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma, de 16 de enero de 2013, p. 168.

<sup>64</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 8 de enero de 2013, p. 144.

*medida en que la realidad vaya poniendo de manifiesto nuevas formas de acoso que no tengan cabida en alguno de los actos que el 172 ter recoge*”<sup>65</sup>.

### 3. CONDUCTA TÍPICA.

La conducta típica del 172 ter para PALMA HERRERA consiste en “*acosar a otro llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legalmente autorizado, una serie de conductas (...), alterando así gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*”<sup>66</sup>. Como podemos ver la tipicidad de nuestro 172 ter requiere la realización de algunas de las conductas que se enumeran en el precepto y, además, que esta se lleve a cabo de una forma “*insistente y reiterada*”, “*sin estar legalmente autorizado*” y “*alterar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*”.

La reiteración y la insistencia para PALMA HERRERA es presupuesto necesario, ya que acosar es un término que manifiesta persecución y hostigamiento, es decir, se trata de una actividad continuada incompatible con la realización de un acto puntual<sup>67</sup>.

Estos términos no se definen en la ley por lo que requieren interpretación, TAPIA BALLESTEROS sostiene que en ausencia de una referencia legal la definición más correcta es la aportada por la Real Academia de la Lengua Española (RAE). Para la RAE el término “insistir” contiene un matiz de intensidad emocional mientras que “reiterada” es un término con el que se alude a la repetición de la conducta sin más, por lo que ambos términos no son sinónimos, sino que esta autora entiende que reiterada es una conducta comprendida dentro de insistente por lo que no está de acuerdo con la alusión acumulativa de ambas. Esto puede provocar problemas de aplicabilidad ya que va a ser necesario probar la concurrencia de ambas conductas<sup>68</sup>.

Una cuestión interesante respecto a la insistencia y reiteración es la determinación del número de actos que son necesarios para que se considere a la conducta como insistente y reiterada. La mayoría de la doctrina entiende que son necesarios dos o más actos<sup>69</sup> y que estos actos produzcan el resultado exigido por el precepto. El informe del consejo

---

<sup>65</sup> PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 408.

<sup>66</sup> PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., pp. 405-406.

<sup>67</sup> PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 406.

<sup>68</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 145-146.

<sup>69</sup> V., PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 406. o MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 582.

fiscal sin embargo expone que la insistencia y reiteración no puede darse en el supuesto previsto en el 172.1. 3º ter “*ya que podrían encuadrarse en este apartado aquellos supuestos en los que se colocan anuncios en un medio de comunicación o en Internet que someten a la víctima a continuas llamadas y que sin embargo, el autor del anuncio ha realizado una única conducta que perdura en el tiempo*”. Por lo que en este caso para el consejo fiscal sería necesario sólo un acto para que se entienda realizado el acoso.

Para entender que concurre tal reiteración existe un debate doctrinal sobre si la conducta debe ser siempre la misma o si es posible una combinación de las contempladas en el precepto. La doctrina mayoritaria entiende que se puede conseguir la reiteración combinando varias conductas de las que se contemplan en el precepto en este sentido DE LA CUESTA AGUADO señala que lo relevante del acoso es que exista una estrategia sistemática de persecución que implique un vínculo o nexo entre las conductas que el sujeto realiza para conseguir su objetivo, por lo que lo interesante es identificar una unidad de acción en lugar de una concreta conducta<sup>70</sup>. En sentido contrario encontramos a MATALLÍN EVANGELIO que entiende que la reiteración debe producirse dentro de la misma conducta<sup>71</sup>.

En cuanto al elemento “*grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana*”, ya planteado anteriormente en la estructura típica del delito, se conforma como el resultado de la conducta típica. Debemos señalar que se trata de un concepto jurídico indeterminado que requiere de interpretación, así, para PALMA HERRERA sería un cambio en los hábitos cotidianos de la persona, este cambio debe estar acompañado de una situación de temor provocada por los actos del sujeto activo, formándose así el nexo causal entre conducta y resultado. Es importante realizar una valoración de la imputación objetiva para evitar la intervención penal en cuanto a personas especialmente temerosas<sup>72</sup>.

El tipo penal se colmará cuando se produzca la “*grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana*” de la víctima, pero esto conlleva la dificultad de establecer qué se entiende por grave alteración. Se trata de un resultado que depende del umbral de resistencia de la víctima<sup>73</sup>, ya que nos podemos encontrar con casos en los cuales una persona es víctima

---

<sup>70</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Derecho Penal y acoso en el ámbito laboral.”, en *violencia de género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales* (Pérez del Río, coord.), Mergablu, Sevilla, 2004, p. 123.

<sup>71</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 582.

<sup>72</sup> PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 406.

<sup>73</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 156 y ss.

de acoso y ante ello decide no cambiar nada de su vida cotidiana a pesar de sufrir un acoso constante, en cambio, también puede darse el caso de una víctima que realice cambios en su vida cotidiana ante la más mínima conducta de acoso, o también puede ser que la víctima que no realizó ningún cambio en su vida cotidiana no lo hiciera por causas ajenas a su voluntad, como por ejemplo la imposibilidad de cambiar de trabajo o domicilio.

Por lo que nos encontramos ante dos supuestos en los cuales se está sufriendo acoso, en uno de ellos se colma el tipo al producirse el resultado de alteración de la vida cotidiana y en el otro a pesar de producirse acoso no se daría el tipo penal por no haberse producido cambio alguno en su vida cotidiana. TAPIA BALLESTEROS afirma que el delito no se colma hasta que la víctima “*no se rinde ante las presiones o conducta insistente y reiterada del autor*”. Por lo que el resultado exigido en el delito de acoso depende “*íntimamente de la víctima*”<sup>74</sup>.

Entendemos por tanto que debería producirse una objetivación de acuerdo con el resultado exigido, de modo que, no dependa del umbral de resistencia de la víctima y a su vez tenga en cuenta los supuestos en los cuales no se pueda producir cambios en la vida cotidiana por causas ajenas a la voluntad de la víctima, es decir, que no dependa tanto de “*la manifestación exterior de la alteración de su vida cotidiana*”<sup>75</sup>. GALDEANO SANTAMARÍA propone la sustitución de esta cláusula por “*alterando objetiva y gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*”<sup>76</sup>.

La cláusula sin estar legítimamente autorizado, que será abordada de una manera más extensa más adelante, ha sido muy criticada por la doctrina por entender que un acoso permitido es inadmisibles<sup>77</sup>. En un sentido contrario, PALMA HERRERA entiende que el precepto lo que hace es definir el acoso por lo que él considera que dicha cláusula no sobra ya que desde un punto de vista conceptual lo que hace es limitar el número de conductas que podrían incluirse bajo el concepto de acoso<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 157.

<sup>75</sup> V., GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delito de acoso/stalking: Art. 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 577.

<sup>76</sup> GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delito de acoso/stalking: Art. 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), op. cit., p. 577.

<sup>77</sup> Por ejemplo, MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 587.

<sup>78</sup> V., PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 407. En este mismo sentido, TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 150-151.

Una vez abordados los elementos comunes pasamos a analizar las modalidades de conducta descritas en el 172 ter.

### 3.1. “Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física”.

En un primer lugar nos encontramos las conductas de “vigilar, perseguir o buscar la cercanía física”. En la redacción del anteproyecto de 11 de octubre de 2012 se utilizaba la expresión de “acechar o buscar la cercanía física” pero fueron modificadas por “vigile o persiga” en el proyecto de 4 de octubre de 2013 siguiendo la recomendación del Informe del Consejo Fiscal, ya que considera que “*el termino acechar no es el más adecuado para la descripción del hecho típico*”.

Para MATALLÍN EVANGELIO, las conductas de vigilar y perseguir se relacionan con la creación de un “*clima ofensivo derivado de su inoportunidad y de su carácter inconsentido*”, además de su insistencia y reiteración, siendo necesario, al menos tres actos para que se observe la gravedad que requiere la aplicación del tipo<sup>79</sup>.

Estas conductas podrán realizarse por el propio acosador o mediante una tercera persona como podría ser un detective privado o una persona allegada<sup>80</sup>.

Las conductas de vigilar y perseguir no parecen plantear problemas a diferencia de la conducta de buscar la cercanía física al presentarse como alternativa a las de vigilar y perseguir. La búsqueda de la cercanía física se considera por algunos autores como el medio para vigilar o perseguir, es decir es la conducta previa<sup>81</sup>. Sin embargo, TAPIA BALLESTEROS señala que para buscar la cercanía física se requiere de manera previa saber dónde se encuentra la persona, por lo que, considera que esta conducta tiene un carácter posterior a las otras<sup>82</sup>.

MATALLÍN EVANGELIO critica la indeterminación por parte del precepto sobre la distancia que se requiere para la tipicidad del tipo provocando esto una vulneración de las exigencias de taxatividad del principio de legalidad<sup>83</sup>. El Código Penal alemán para estas conductas no requiere contacto entre acosador y víctima, sin embargo, si exige que exista

---

<sup>79</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 582.

<sup>80</sup> V., VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Artículo 172 ter.”, en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (Morales Prats, coord.), op. cit., p. 5. y TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 160.

<sup>81</sup> V., ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Ciberstalking y nuevas realidades”, en *La Ley Penal*, nº 105, 2013, p. 6.

<sup>82</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 160.

<sup>83</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 583.

una cierta proximidad física y que el acosador sea ópticamente percibido por el sujeto pasivo, nuestro Código Penal, en cambio sí puede llegar a incluir dentro del tipo “*la observancia a distancia u oculta*”<sup>84</sup>. TAPIA BALLESTEROS entiende que “*buscar cercanía física debe implicar cierta invasión de la esfera del espacio vital del sujeto, de manera que sea factible el contacto físico sin demasiados movimientos*”<sup>85</sup>.

La SJI de Navarra incluye en estas conductas, “*la proximidad física (...) observación a distancia y a través de dispositivos electrónicos como GPS y cámaras de video vigilancia*”. Por lo que, el tipo sería colmado, a diferencia del CP alemán, incluso si no hay cercanía física<sup>86</sup>.

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

La siguiente conducta a analizar sería la contenida en el 172.1. 2º ter: “*Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas*”. Esta conducta ha sido muy criticada por la doctrina al englobar tanto la tentativa como la consumación de manera que ambas quedan equiparadas, sancionándose con igual pena y vulnerando así el principio de proporcionalidad que debe regir entre la sanción y el resultado<sup>87</sup>.

Esta conducta, en relación a la insistencia y reiteración, plantea el problema de la indeterminación del número de actuaciones necesarias para que se considere típica. Algunos autores como MATA LLÍN EVANGELIO advierten que en este caso serán necesarios que se lleve a cabo en tres o más ocasiones, para así evitar excesos punitivos<sup>88</sup>.

Nada aclara el precepto acerca de que debemos entender por “medio de comunicación”, por lo que nosotros, al igual que MUÑOZ CONDE, entendemos que se refiere al teléfono, SMS, e-mails, redes sociales etc.<sup>89</sup>. En el mismo sentido que MUÑOZ CONDE tenemos la SAP de Zaragoza de 13 de octubre que considera que, las reiteradas llamadas de teléfono, los mensajes de WhatsApp y demás intentos de comunicación a

---

<sup>84</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Artículo 172 ter.”, en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (Morales Prats, coord.), op. cit., p. 5.

<sup>85</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 160.

<sup>86</sup> FD 1º de la SJI de Tudela, Navarra, de 23 de marzo de 2016 (ARP 2016/215).

<sup>87</sup> Al respecto, véase., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 161. y MATA LLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 583.

<sup>88</sup> MATA LLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 583.

<sup>89</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 132.

través de las redes sociales que realizaba el acusado constituyen una conducta de acoso del 172 ter<sup>90</sup>.

3.3. “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.”.

La conducta que describe el art 172.1. 3º ter se resume 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. Lo primero que debemos destacar de esta tercera conducta es la expresión “*haga que terceras personas se pongan en contacto con ella*”, esta fórmula es idéntica a la usada en el 172.1. 2º ter por lo que estaríamos ante una redundancia legislativa. Para TAPIA BALLESTEROS, el legislador estaría pensando en dos contextos diferentes ya que el delito de acoso se introdujo para poder dar respuesta a diferentes supuestos que se estaban produciendo en la realidad y que no tenían una correcta cabida en el ámbito penal<sup>91</sup>.

En cualquier caso, la crítica más significativa de esta conducta deviene en su solapamiento con los atentados contra el patrimonio, siendo esta la vía más correcta para su punición. En el caso de no existir el delito de acoso estas conductas se sancionarían como un atentado contra el patrimonio sin más, pero teniendo en cuenta el 172 ter si debido al atentado patrimonial se produce una grave alteración de la vida cotidiana se daría también el delito de acoso aplicando, además, las reglas del concurso de delitos. Esto resulta contrario al principio *ne bis in ídem*, ya que el delito patrimonial ya tiene en cuenta la alteración de la vida cotidiana<sup>92</sup>.

Por último, debemos plantear el problema que versa sobre la insistencia y reiteración de esta conducta. Como ya vimos anteriormente, el informe del consejo fiscal en este caso entiende que no podría exigirse la reiteración, por lo que bastaría con un solo acto para que se produzca la tipicidad de la conducta.

---

<sup>90</sup> FD 1º de la SAP de Zaragoza (Secc. 1ª), de 13 de octubre de 2016 (JUR 2016/244069).

<sup>91</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 162.

<sup>92</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 585.



### 3.4. “Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.”

Nuestro 172 ter cierra su listado de conductas con su apartado cuarto que consiste en: atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Esta última conducta para MATALLÍN EVANGELIO supone un alejamiento entre la tipicidad y la seguridad jurídica, y estas a su vez de la legitimidad constitucional, al ser una indeterminación llevada al extremo tipificando todo lo que molesta aun careciendo de lesividad<sup>93</sup>. Para esta autora este apartado es una cláusula abierta<sup>94</sup> que va en contra del reo ya que este no puede intuir lo que está prohibido debido a la gran inconcreción del tipo. Este apartado también es criticado por el Informe del CGPJ por sólo referirse a la libertad y patrimonio y no integrar al igual que hace el CP alemán bienes como la vida o la salud.

#### 4. ANTIJURIDICIDAD.

Otro punto que corresponde tratar en torno al tema del delito de acoso predatorio es la antijuridicidad del tipo. La antijuridicidad es un elemento configurador del delito, para que una conducta sea considerada antijurídica es necesario que el hecho sea típico y que no concurran causas de justificación. Las causas de justificación reguladas en el artículo 20 de nuestro CP son: la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

En el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad, TAPIA BALLESTEROS entiende que no son plausibles dentro del delito de acoso ni siquiera como eximentes incompletas, ya que ambas causas de justificación exigen una inmediatez que resulta incompatible con la conducta acosadora, puesto que esta se conforma en el tiempo, cumpliendo así con el requisito que exige la conducta de que se realicen de una forma insistente y reiterada<sup>95</sup>.

Dentro de las causas de justificación, es la regulada en el artículo 20.7 del CP la que se presenta de manera más compleja: “El que obre en cumplimiento de un deber o en el

---

<sup>93</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 587.

<sup>94</sup> En relación con la cláusula abierta., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 163, entiende que debería eliminarse o por lo menos limitarse para así garantizar la seguridad jurídica exigida por el principio de legalidad.

<sup>95</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 169.

ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. En este sentido debemos entrar a analizar la cláusula del artículo 172 ter: “*sin estar legítimamente autorizado*”.

Siguiendo a TAPIA BALLESTEROS entendemos que “*esta cláusula encuentra sentido en el contexto de su ubicación sistemática, dentro del Título dedicado a los delitos contra la libertad, en concreto en el Capítulo de las coacciones ya que este delito contiene la misma cláusula en la descripción de la acción típica. Parece que se configura el delito de acoso de acecho predatorio como una clase de coacción y, por ello sigue su estructura*”<sup>96</sup>.

Para un sector de la doctrina esta cláusula sería una causa de justificación, según TAPIA BALLESTEROS, será un elemento de valoración global del hecho cuyo objetivo será el de identificar cuáles de las conductas condicionan o limitan a libertad, cuáles no deben soportarse y por ello serán perseguibles penalmente, por lo que, resulta imprescindible la cláusula<sup>97</sup>.

Sin embargo, para otro sector doctrinal esta cláusula “sin estar legítimamente autorizado” resulta incompatible con la actividad ilegítima de acoso y con sus exigencias. Esta expresión nos llevaría a reconocer la errónea posibilidad de los acosos legítimos, algo que resulta insostenible, ya sea por parte de los garantes de la seguridad ciudadana o personal<sup>98</sup>. Para ACALE SÁNCHEZ y GÓMEZ LÓPEZ, “*se trata de una cláusula de estilo que no aporta nada positivo, en la medida en que, en su caso, podría recurrirse a las causas de justificación para eximirle de responsabilidad criminal, sin necesidad de señalarlo expresamente, y sin embargo, aporta datos negativos en la medida en que da a entender que se trata de conductas que en determinados supuestos, el ordenamiento jurídico autoriza su realización.*”<sup>99</sup>.

Algunos autores proponen la supresión de esta cláusula. Otros como VILLACAMPA ESTIARTE<sup>100</sup>, proponen su sustitución por la de “de modo ilegítimo”, de este modo podrían excluirse del tipo las persecuciones llevadas a cabo en el seno de una investigación criminal o por el ejercicio de un derecho como sería por ejemplo el de información.

---

<sup>96</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 148-149.

<sup>97</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 150-151.

<sup>98</sup> V., MATA LLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., pp. 589-590.

<sup>99</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., y GÓMEZ LÓPEZ., “Acoso- stalking: Art 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.566.

<sup>100</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.603.

El informe del Consejo del Estado<sup>101</sup> se pronuncia en un mismo sentido que VILLACAMPA ESTIARTE, de manera que “*El Consejo de Estado sugiere dar una nueva redacción a determinadas expresiones que contiene el apartado primero del artículo 172 ter. Así, se dispone en el mismo que se penará a quien "sin estar legítimamente autorizado" realice las conductas de acoso que seguidamente se enumeran. De la lectura del mismo podría desprenderse, a sensu contrario, la posibilidad de acoso cuando se esté legítimamente autorizado cuando, evidentemente, el acoso, en sí mismo, en ningún caso podría estar justificado o amparado por la norma. Cuestión distinta es que determinadas conductas que seguidamente enumera el precepto puedan estar legitimadas, por ejemplo, por razón de quien las lleva a cabo (i. e., la conducta de "vigilar, perseguir o buscar la cercanía física" llevada a cabo por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, podría estar legítimamente autorizada pero en modo alguno puede configurarse como un "acoso legítimo")*”. Por todo se sugiere dar una nueva redacción al precepto con el fin de evitar el efecto indicado.”. Entendemos pues que, a pesar de las críticas a su redacción, el legislador lo que pretendía era admitir las conductas llevadas a cabo por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado. En estos casos si sería admisible la figura del acoso legítimo.

Finalmente, cabe hacer una referencia a las conductas realizadas por los detectives privados y cobradores del frac, ya que ambas generan dudas acerca de su antijuridicidad debido a la cláusula “*sin estar legítimamente autorizado*”.

Las conductas realizadas por los detectives privados son, normalmente, conductas descritas en el artículo 172 ter como pueden ser las conductas de vigilancia, persecución o de búsqueda de cercanía física. No obstante, la autora TAPIA BALLESTEROS considera que, estas conductas realizadas por detectives privados, a pesar de ser constitutivas del delito de stalking, no colmarían el tipo ya que esa vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía se estaría realizando con “*la diligencia suficiente para no ser descubiertos, de manera que su conducta no podría lesionar*” el bien jurídico protegido por el tipo, lesionando, sin embargo, el bien jurídico de la intimidad, no siendo este el bien jurídico el protegido por el precepto<sup>102</sup>. En definitiva, cabe decir que, la actividad realizada por

---

<sup>101</sup> Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>.

<sup>102</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 151.

los detectives privados, a pesar de ser descritas por el 172 ter, no sería constitutiva del delito de stalking por no dañar el bien jurídico protegido por este<sup>103</sup>.

Distinto son las conductas realizadas por los cobradores del frac, en estos casos entiende TAPIA BALLESTEROS que, si las conductas llevadas a cabo son las descritas en el precepto el tipo se verá colmado, siempre que se cumplan las demás exigencias del tipo<sup>104</sup>. En este sentido encontramos también a MUÑOZ CONDE, el autor considera que la cláusula “*sin estar legítimamente autorizado*” puede llevar a error, puesto que “*el ejercicio legítimo de un derecho*” como puede ser el cobro de una deuda, no legitima los actos de acoso que recoge el 172 ter, por lo que, las conductas realizadas por los cobradores del frac “*podrían entrar perfectamente en el ámbito de este precepto*”<sup>105</sup>.

## 5. CULPABILIDAD

La culpabilidad comprende: la imputabilidad regulada en los artículos 20.1, 2 y 3 CP; las causas de exculpación y los supuestos de error regulados en el artículo 14 CP. Las causas de exculpación, no tendrían cabida en el caso concreto del acoso de acuerdo a las características del tipo<sup>106</sup>, por lo que no resulta admisible ni el miedo insuperable ni el estado de necesidad. Como consecuencia de ello nuestro análisis se centrará en las causas de inimputabilidad recogida en el apartado primero del artículo 20 CP<sup>107</sup>, y los supuestos de error.

La inimputabilidad, centrada ya en el delito de acoso predatorio, se asocia al desorden mental del sujeto activo, en concreto, a un trastorno delirante paranoico de tipo erotomaníaco. Este trastorno consiste en “*estar convencido de ser amado por la víctima, a quien ni siquiera se conoce*”<sup>108</sup>.

Pero esto no quiere decir que el perfil del acosador sea siempre el mismo, sino que podemos dividir, al igual que hace TAPIA BALLESTEROS, a los acosadores en dos

---

<sup>103</sup> V., MATA LLÍN EVANGELIO, A., “Acoso-stalking: artículo 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 590. La autora considera que estas conductas no tienen cabida en ningún precepto del Código Penal. Sugiriendo su especial tipificación.

<sup>104</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 153.

<sup>105</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 132.

<sup>106</sup> V., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 170.

<sup>107</sup> “*El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*”.

<sup>108</sup> V., CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acoso o acoso predatorio”, en *La Ley Penal*, op. cit., p. 19.

grupos. En primer lugar, tendríamos a los sujetos que actúan “*movidos por estados afectivos desproporcionados en su manifestación externa, tales como el amor, los celos el odio o la venganza*”, en este grupo es más probable encontrar a sujetos con trastornos mentales. En segundo lugar, los sujetos en los que su acción acosadora forma parte de su trabajo, a través del cual pretenden obtener una contraprestación, normalmente de carácter económico<sup>109</sup>.

Los sujetos con trastornos mentales que realizan una conducta de acoso no siempre resultan inimputables. La imputabilidad es un concepto jurídico que la ley define como “*la situación en la que se encuentra el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”. El tribunal supremo hace una interpretación estricta en relación a los trastornos mentales y es que “*relacionar el trastorno padecido por el sujeto con el grado de afección que el mismo implicó a nivel de su conciencia y voluntad en el momento de la comisión del delito*”, cuestión que no resulta fácil de determinar y que lleva a calificar a las enfermedades mentales como eximentes incompletas, es decir, atenuantes<sup>110</sup>.

Para calificar el trastorno erotomaniaco como una causa de inimputabilidad se debe prestar una especial atención a la clasificación realizada dentro de estos trastornos<sup>111</sup>. Por un lado, tenemos la erotomanía pura o primaria, consistente en ideas delirantes persistentes<sup>112</sup> y por otro, la erotomanía secundaria como puede ser la esquizofrenia y el desorden bipolar.

La erotomanía pura ha sido aceptada como causa de inimputabilidad por la jurisprudencia sólo en el caso en que el delirio sea razón fundamental de la conducta del sujeto. Así por ejemplo la sentencia de la AP de Girona indica que:

*“la eximente de alteración mental del artículo 20.1 del CP, en tanto que de la prueba pericial practicada ha resultado probado que la acusada en el momento de la comisión de los hechos se hallaba bajo los efectos del trastorno delirante de contenido*

---

<sup>109</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 170.

<sup>110</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 171.

<sup>111</sup> V., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 171.

<sup>112</sup> ESBEC RODRÍGUEZ, E., “Violencia y trastornos mentales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, VIII, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 69-73.

*erotomaniaco y de perjuicio contra la familia (...) que padecía, impidiéndole dicho trastorno actuar conforme a la comprensión de la ilicitud de su conducta* <sup>113</sup>.

En el caso concreto del acoso predatorio entiende TAPIA BALLESTEROS que sus características facilitan la conexión directa con el trastorno erotomaniaco que pueda padecer el acosador. Es el delirio, la creencia de ser correspondido, lo que provoca los atentados contra la libertad, es decir, la realización de las conductas típicas<sup>114</sup>.

En relación a la erotomanía secundaria, no se plantean dudas en el caso de la esquizofrenia ya que se trata del trastorno mental que con mayor frecuencia da lugar a la aplicación de eximente completa. En cuanto al trastorno bipolar, la inimputabilidad se condiciona a la clase e intensidad de afectación a las capacidades intelectuales y volitivas, éstas deberán ser sometidas a valoración pericial<sup>115</sup>.

Una vez expuesto el primer requisito de la culpabilidad pasamos a analizar el segundo: los supuestos de error. Y es que además de darse la imputabilidad es necesario que *“el sujeto conozca o potencialmente pueda conocer el carácter ilícito de su conducta. De lo contrario, habrá incurrido en un error de prohibición”*<sup>116</sup>. El error de prohibición está regulado en el artículo 14.3 CP, este puede ser invencible, excluyendo la responsabilidad penal o vencible aplicando la pena inferior en uno o dos grados.

Existen delitos en los que su ilicitud resulta incuestionable *“ya que se trata de normas esenciales conocidas por todos y que a todos nos constan”* por lo que no tendría cabida el error de prohibición respecto de esos delitos. Resulta difícil identificar que delitos pertenecen a este grupo de normas esenciales ya que no existe ningún listado en el que se indiquen. No obstante, las conductas del delito de acoso, en sí mismas, suelen ser inofensivas por lo que puede que el sujeto presuma que son conforme a derecho<sup>117</sup>.

El error, como ya expusimos, puede ser vencible o invencible. La invencibilidad del error para JORGE CÓRDOBA *“se trata de comprobar si el autor, en virtud de sus capacidades físicas e intelectuales, habría podido conocer y evitar la infracción de la norma, si se hubiese motivado de manera dominante a conocer y a seguir el derecho. Por el otro, y asumiendo que la respuesta a este primer interrogante es afirmativa, habrá que establecer si el autor tenía el deber de procurarse motivación para conocer y evitar la*

---

<sup>113</sup> Cfr., SAP de Girona (Secc. 3ª), de 1 de junio de 1999 (ARP 1999\3458) y SAP de Tarragona (Secc. 2ª), de 8 de octubre de 2001 (JUR 2001\329760).

<sup>114</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 172.

<sup>115</sup> URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares y Cátedra de derecho y Genoma Humano, Granada y Bilbao, 2013, pp. 260-277.

<sup>116</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 173.

<sup>117</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 173.

*infracción de la norma*”<sup>118</sup>. El error será calificado como vencible cuando “*el autor, en virtud de sus capacidades individuales, habría podido obtener el conocimiento del ilícito, si se hubiese motivado a verificar la licitud de su conducta*”<sup>119</sup>.

En el delito de acoso, según TAPIA BALLESTEROS, resulta difícil exigir motivación del sujeto para verificar la ilicitud de la conducta, sobre todo cuando la conducta típica se haya desenvuelto en el contexto de una relación personal. En estos casos “*se traslada a la víctima cierta carga en la configuración de la ilicitud de los hechos*”. TAPIA BALLESTEROS expone el ejemplo en el que un sujeto realice conductas tales como enviar flores y además notas etc. Si la víctima ante esta situación decide concertar una cita o simplemente se siente alagada no se produce lesión al bien jurídico, mientras que si la víctima se siente descontenta o manifiesta su molestia y se cumplen los requisitos del 172 ter si se estaría produciendo una lesión al bien jurídico. Adquieren relevancia todos los elementos que otorguen evidencia de la ilicitud a la hora de juzgar la conciencia de la antijuridicidad por parte del sujeto activo, siendo la reacción de la víctima la más destacable en el seno de las relaciones personales<sup>120</sup>.

## 6. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.

El artículo 61 del Código Penal nos dice que “*Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.*” pero debemos tener en cuenta que puede que el delito no quede consumado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, por ello el ordenamiento jurídico contempla la punibilidad de las formas imperfectas de ejecución: conspiración (art 17 CP), proposición (art 18 CP) y tentativa (art 16 CP).

Un sector doctrinal nos indica que estas formas imperfectas de ejecución van a tener cabida en el delito de acoso por tratarse de un delito de resultado donde la consumación va a depender de si se ha producido la grave alteración de la vida cotidiana de la víctima o no<sup>121</sup>. No obstante, el Código Penal indica que los actos de conspiración y proposición se castigarán cuando así lo prevea específicamente el delito. En el caso del delito de acoso no serán sancionables penalmente ya que no hay una cláusula genérica de punibilidad de

---

<sup>118</sup> JORGE CÓRDOBA, F., *La inevitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 82.

<sup>119</sup> JORGE CÓRDOBA, F., *La inevitabilidad del error de prohibición*, op. cit., p. 122.

<sup>120</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 175.

<sup>121</sup> V., CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio”, en *La Ley Penal*, op. cit, p. 12. y MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2015, p. 174.

estos actos preparatorios, a menos que, además de estos actos se dé otra acción encaminada a la realización del delito<sup>122</sup>. En el caso de la tentativa, esta será siempre punible a pesar de no lesionarse ningún bien jurídico conforme al artículo 15 del CP<sup>123</sup>. Sin embargo, existe una excepción prevista en el artículo 16. 2 CP que nos dice que “*Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito (...)*”. Por lo que, en el caso del acoso tendrían cabida en esta situación los sujetos que cesan su actuación de forma voluntaria antes de lesionarse el bien jurídico.

Ya que las figuras de conspiración y proposición no tienen cabida en nuestro delito de acoso obviaremos su análisis, por lo que, nos centraremos en la tentativa.

En el delito de acoso se entiende que se encuentran en fase de tentativa las conductas que vayan encaminadas a alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana pero no produzcan dicho resultado. Esta fase se sanciona con una pena inferior en uno o dos grados atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado<sup>124</sup>.

Entre las modalidades de conducta del 172 ter cabe destacar en relación a la tentativa: La conducta de intentar establecer contacto a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas y la de usar indebidamente datos personales para que terceras personas se pongan en contacto con el sujeto pasivo<sup>125</sup>.

La descripción de la primera de estas conductas es la propia de la fase de tentativa, puesto que no se llega a poner en contacto con la víctima. Sin embargo, el legislador equipara la tentativa con la consumación del delito. Por otro lado, considerar como conducta típica el intento de ponerse en contacto con la víctima a través de terceros llevaría consigo el incluir dentro de la descripción del tipo la simple solicitud a ese tercero para que contacte, no siendo necesario que llegue a contactar, por lo que, se estaría sancionando un acto preparatorio que podía tener cabida en la proposición<sup>126</sup>.

En la segunda conducta la fase de tentativa da comienzo en el momento en que el sujeto activo usa indebidamente los datos personales de la víctima con el objeto de que terceros se pongan en contacto con él. Por lo que el uso indebido de los datos, para TAPIA

---

<sup>122</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 177.

<sup>123</sup> “*Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.*”.

<sup>124</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 177-178.

<sup>125</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 179.

<sup>126</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 179.



BALLESTEROS, debería valorarse como un acto preparatorio de la acción acosadora que se pretende realizar<sup>127</sup>.

En ambos casos, según señala TAPIA BALLESTEROS, se produce un adelantamiento de las barreras de protección equiparando las conductas lesivas con otras que facilitan de manera posterior la lesión del bien jurídico. Existe un problema común de todas las situaciones analizadas, la dificultad de probar que uno o dos intentos sean constitutivos de un delito de acoso en fase de tentativa, nuestra autora señala necesario acreditar que existe un plan que va más allá de las conductas realizadas, de manera que, sean consideradas solo el comienzo<sup>128</sup>.

## 7. PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Como bien hemos señalado anteriormente en el apartado de la estructura típica del delito de acoso, se trata de un delito común por lo que, el sujeto activo del delito podrá ser cualquier persona.

El autor directo del delito de acoso viene a ser quien, de manera insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado lleve a cabo una o varias de las conductas descritas en el tipo. Puede ocurrir también que además de este autor directo nos encontremos con otros participantes que bien actúen en coautoría, bien actúe un autor (o varios) con uno o varios partícipes como cómplices<sup>129</sup>.

La coautoría consiste en la concurrencia de varios autores en un mismo hecho. En la coautoría es necesario que todos los autores hagan una aportación material al hecho y que esta sea imprescindible para llevar a cabo el delito. El aporte debe hacerse durante la fase ejecutiva del hecho y bajo un acuerdo previo entre los coautores<sup>130</sup>. La coautoría en el delito de acoso se daría cuando una persona decide junto a otra vigilar, perseguir y establecer contacto (por ejemplo) con la víctima, de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizados. En este caso ambos poseen un dominio del hecho y lo ejecutan de “*propia mano*”<sup>131</sup> por lo que no se plantean dudas sobre la coautoría.

Sin embargo, en el caso de que una persona le solicite a otra realizar algunas de las conductas previstas en el 172 ter y esta las realice de forma dolosa, es decir,

---

<sup>127</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 179-180.

<sup>128</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 180.

<sup>129</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 181.

<sup>130</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Autoría y participación”, en *lecciones de derecho penal: parte general* (Moreno-Torres Herrera, coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 180-181.

<sup>131</sup> V., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 181.

voluntariamente y con conocimiento, será esta el autor del delito mientras que la persona que se lo solicitó tendrá la calidad de inductor.

La autoría mediata consiste en “realizar el hecho por medio de otro del que el autor (mediato) se sirve como instrumento”, tratándose por tanto de “casos en los que una persona “instrumentaliza” a otra para cometer el delito”<sup>132</sup>. Para TAPIA BALLESTEROS adquiere relevancia en el caso concreto del acoso la llamada autoría mediata en aparatos de poder, consistiendo en que un sujeto lleva a cabo las tareas de planificación, control y dirección (autor mediato) y cuenta con el carácter fungible de los ejecutores miembros del aparato de poder. En estos casos no se considera al sujeto ejecutor un factor determinable para admitir la existencia de una autoría mediata por lo que el ejecutor no será ni autor ni cómplice aun actuando con libertad y conocimiento, y es que para nuestra autora este ejecutor no es más que “un engranaje plenamente sustituible por lo que, si no cumple con la orden lo hará otro” como consecuencia de pertenecer a una estructura organizada de poder<sup>133</sup>.

Resulta conveniente hacer una referencia a los números segundo y tercero del 172.1 ter relativos a la actuación de terceras personas: “Establezca o intente establecer contacto (...) por medo de terceras personas” y “Mediante el uso indebido de sus datos personales (...) haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.”.

Comenzando por la conducta de quien establece contacto a petición de otro, entiende TAPIA BALLESTEROS, que dependerá del caso concreto. Puede ocurrir que se utilice a ese tercero una única vez y que este tercero no conozca las intenciones o situación de acoso, también puede darse la situación de que el tercero conozca todos los hechos y que decida participar en los mismos. En el primer supuesto diremos que la conducta de ese tercero resulta atípica por no darse los requisitos de insistente y reiterada, por lo que la autoría será exclusiva de la persona que le solicitó ponerse en contacto con el sujeto pasivo. En el segundo caso debemos hablar de una coautoría, siempre que el tercero actúe de manera dolosa y que se reconozca la necesidad del elemento subjetivo del tipo<sup>134</sup>.

La segunda conducta, en la que se hace que terceras personas se pongan en contacto con la víctima a través del uso indebido de sus datos personales, presenta problemas en cuanto a la autoría y participación puesto que en este caso la acción acosadora no será

---

<sup>132</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Autoría y participación”, en *lecciones de derecho penal: parte general* (Moreno-Torres Herrera, coord.), op. cit., p. 181.

<sup>133</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 183-184.

<sup>134</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 184.

tanto el uso indebido de datos personales, como las conductas de las terceras personas a las que se les cedió esos datos. Señala TAPIA BALLESTEROS que *“la conducta que se sanciona, habitualmente, no se llevará a cabo de forma insistente y reiterada, sino que dicha insistencia y reiteración será aplicable a la puesta en contacto de terceras personas con el titular de los datos personales indebidamente utilizados”*. Cabe resaltar que las terceras personas no actúan de modo coordinado y probablemente sólo se pongan en contacto una vez, pero debido a la acumulación de estas conductas se producirá la lesión del bien jurídico<sup>135</sup>.

En relación con esta conducta, imaginemos que una persona usa los datos personales de la víctima de manera indebida de modo que terceros se ponen en contacto con ella, una o varias veces. Los terceros ignoran que los datos se han usado de forma indebida por lo que, aun contactando de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado su conducta no sería sancionable penalmente por incurrir en un error de tipo. Distinto se plantea si alguno de los terceros que se ponen en contacto con la víctima sabe que los datos han sido usados indebidamente y aun así continúa contactando de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado. En este caso el tercero actuaría en calidad de autor por un delito de acoso, independiente del delito realizado por quien cedió los datos indebidamente si entre ellos no ha mediado ningún pacto o convenio que permita hablar de coautoría<sup>136</sup>.

## 8. CONCURSOS.

El artículo 172.3 ter prevé una cláusula concursal según la cual *“Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”*. Esta cláusula encuentra su justificación en la sanción penal prevista para el delito de acoso, se trata de intentar que el sujeto activo del delito citado no resulte privilegiado. El delito de acoso tiene una pena inferior a la prevista para los delitos que pueden integrar la acción acosadora pero que de modo autónomo pueden configurar otro delito, como puede ser amenazas o coacciones, por lo que una persona podría ser castigada más severamente si sólo realiza una amenaza que si realiza varias cumpliendo con los requisitos del delito de acoso<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 185.

<sup>136</sup> V., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 185-186.

<sup>137</sup> Cfr., TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 187. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Artículo 172 ter.”, en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, op. cit., p. 9.

Sin embargo, esta cláusula ha recibido críticas por parte de la doctrina, al considerar que vulnera el principio constitucional *non bis in ídem*, planteando así problemas de legitimidad<sup>138</sup>. El Tribunal Constitucional entiende vulnerado el principio *non bis in ídem* en el caso que se dé la triple identidad (sujetos, hechos y fundamentos), de manera que “*la descripción de la conducta típica coincide en las normas sancionatorias aplicadas, los sujetos intervinientes en dichos hechos son los mismos, al igual que el bien jurídico protegido*”<sup>139</sup>. En este sentido, MATALLÍN EVANGELIO advierte que “*la expresa exigencia de conjunta sanción por cada uno de los delitos que se realicen con los distintos actos constitutivos de acoso (...), plantearán en todo caso un bis in ídem, pues aunque los bienes jurídicos sean distintos lo cierto es que la conducta del sujeto se estará valorando dos veces (...). Si se sanciona por la producción del resultado típico no podemos volver a sancionar separadamente los actos individuales que lo producen*”<sup>140</sup>.

Para TAPIA BALLESTEROS, se trata de una cláusula desacertada ya que cuando los actos que integran la acción acosadora son también penalmente relevantes, como por ejemplo es el caso de las amenazas o las coacciones, se cumple la triple identidad produciéndose así la vulneración del principio *non bis in ídem*<sup>141</sup>. No obstante, entiende que el delito de acoso absorbe a los eventuales delitos de amenazas, coacciones o daños, siempre que no adquieran un injusto que vaya más allá del que comprende nuestro 172 ter, entendiendo así la autora, que la cláusula se refiere sólo a delitos en los que se tutela un bien jurídico distinto a los citados o a delitos en los que no exista identidad de los sujetos, independientemente del bien jurídico<sup>142</sup>.

Con vistas a los problemas que genera el concurso en el delito de acoso, VILLACAMPA ESTIARTE propone incorporar al tipo la cláusula de subsidiariedad expresa: “*salvo que los hechos constituyeren un delito más grave*”, esta cláusula admite el concurso del artículo 172 ter con los delitos en los que se hubiesen concretado los actos de acoso y a su vez impide el concurso “*a aquellos delitos que en esencia supongan el empleo de la violencia psicológica y aquellos otros que atenten contra la libertad de obrar, pues en uno y otro caso la afirmación del concurso de delitos con el de stalking*”

---

<sup>138</sup> V., MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 589.

<sup>139</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., pp. 186-187.

<sup>140</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., p. 590.

<sup>141</sup> Debemos tener en cuenta que para TAPIA BALLESTEROS el bien jurídico protegido por el 172 ter es la integridad moral.

<sup>142</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, op. cit., p. 191.

*podría suponer la infracción del principio non bis in ídem*<sup>143</sup>. Mientras que GALDEANO SANTAMARÍA propone su supresión, pues entiende que “no se debe penar este delito y además los posibles delitos que se puedan cometer al acosar. Estaríamos ante un concurso de leyes a resolver conforme los principios establecidos en el art. 8 del CP. Había una progresión delictiva y cualquier actuación que tuviera autonomía para constituir otro delito debería ser absorbida por el acoso, al estar abarcado por su dolo, o por el delito al que se le imponga mayor pena. De lo contrario estaríamos ante supuestos de non bis in ídem”<sup>144</sup>.

## 9. PENALIDAD.

En el tipo básico del delito de acoso se prevé una pena de prisión de tres meses a dos años y una pena de multa de seis a veinticuatro meses. Estas penas se presentan como una posibilidad alternativa para el juzgador que podrá optar por la imposición de una u otra<sup>145</sup>.

En el proyecto de reforma de 4 de octubre de 2013, el artículo 172 ter en su apartado quinto<sup>146</sup> preveía una medida de seguridad de libertad vigilada. No obstante, esta medida de seguridad no se incluyó en la redacción definitiva del precepto.

La medida de seguridad de libertad vigilada fue introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio y como bien se señala en su preámbulo en el punto IV se aplica tanto a sujetos inimputables y semi-imputables como a imputables, en este último caso la medida se impone de manera expresa mediante sentencia junto a la pena privativa de libertad. El objetivo que pretende la ley con esta medida de libertad vigilada es “la protección a las víctimas” así como “la rehabilitación y la reinserción social del delincuente”.

Seguidamente, la LO 1/2015 en su preámbulo en el punto XXII amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, de modo que “también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica”. Como podemos observar, parece razonable la supresión de la medida de libertad vigilada para el delito de acoso si tenemos en cuenta su omisión en el preámbulo de dicha reforma.

El delito de acoso cuenta con dos subtipos agravados: uno en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación, para el que se

---

<sup>143</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter”, en Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012 (Álvarez García, dir.), op. cit., p.611.

<sup>144</sup> GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), op. cit., p. 574.

<sup>145</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., El nuevo delito de acoso o stalking, op. cit., p. 196.

<sup>146</sup> “En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.”

establece una “*pena de prisión de seis meses a dos años*” y otro para el caso de que el sujeto pasivo sea alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, imponiéndose “*una pena de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio a la comunidad de sesenta a ciento veinte días*”.

Cabe destacar que en estos supuestos agravados la pena máxima se mantiene, siendo la mínima la que se aumenta de seis meses a un año en el caso de que la víctima sea alguna de las contempladas en el apartado 2 del artículo 173. Para este supuesto, en la redacción del anteproyecto de 2012 se preveía además una pena alternativa de multa, esta posibilidad fue criticada por El Consejo General del Poder Judicial ya que resulta muy común que la víctima dependa económicamente del sujeto activo<sup>147</sup>, por lo que, con la pena de multa se estaría sancionando a la víctima de manera indirecta. Como consecuencia, en la redacción final del 172 ter la pena alternativa de multa fue sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Visión distinta es la de PALMA HERRERA que considera que la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad produce una atenuación de la pena. Esto se debe a que, a pesar de tener una pena más grave, ya que la duración mínima de la pena se aumenta, la posibilidad alternativa del juez de poder condenar a una pena privativa de derechos, como es la de trabajos en beneficios de la comunidad, convierte la pena de esta agravación en más leve, caso que no sucede en el otro tipo previsto para personas especialmente vulnerables por no darse ninguna alternativa a la pena de prisión<sup>148</sup>.

#### 9.1. “*Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación*”

El anteproyecto de 2012 de reforma del CP únicamente recogía un tipo agravado en su apartado dos, para cuando la víctima era alguna de las personas recogidas en el 173.2, esto no fue valorado de forma positiva por el Consejo Fiscal, ya que, existían supuestos que aun siendo igualmente graves quedaban fuera del ámbito de aplicación del 173.2, por lo que, en su informe advirtió sobre la necesidad de incluir en el apartado dos “*aquellos supuestos en que el ofendido fuera una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación*”. Por efecto del informe, este tipo agravado finalmente

---

<sup>147</sup> V., TAPIA BALLESTEROS, P., El nuevo delito de acoso o stalking, op. cit., p. 196 y PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 406.

<sup>148</sup> PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 411.

se incluyó, “*creando dos niveles de agravación*”<sup>149</sup>, en el anteproyecto de reforma del CP de 2013 y de manera posterior en el texto definitivo del Código.

Este supuesto ofrece una especial protección a aquellas personas “*especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o situación*”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido definiendo la vulnerabilidad como “*la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, por su edad o situación, y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de dicha condición*.”<sup>150</sup>.

Esta protección especial, por razón del sujeto pasivo, ya se recogía en la redacción original del CP en sus artículos 108.1. 3º sobre agresiones sexuales y 182.2º sobre abuso sexual, donde se otorga una mayor protección a colectivos que por razón de su edad, enfermedad o situación y, discapacidad para el caso de la agresión sexual, se encuentra en una posición de mayor indefensión.

Este tipo agravado ha sido criticado por la doctrina, MATALLÍN EVANGELIO lo califica de innecesario por preexistir la agravante genérica del artículo 22 del CP de abuso de superioridad, la autora considera que se produce una redundante protección de manera que se genera una confusión normativa<sup>151</sup>. Por otro lado, TAPIA BALLESTEROS critica la redacción del precepto, en especial, la referencia a “*situación*” en lugar de “*situación personal*” que lleva a realizar una amplia interpretación del precepto, abarcando todas las situaciones de desvalimiento o vulnerabilidad. Esta indeterminación da lugar a una inseguridad jurídica que producirá una lesión en el principio de legalidad<sup>152</sup>.

#### 9.2. “*Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173*”.

Para comenzar, resulta conveniente delimitar esta agravación con el delito de maltrato habitual (artículo 173.2). Siguiendo a PALMA HERRERA, la agravación del 172 ter sería un maltrato habitual de carácter psíquico<sup>153</sup> con una menor intensidad que el 173.2, por lo que, la delimitación deberá hacerse teniendo en cuenta “*la menor carga lesiva de los actos que integren el delito de acoso*”, de modo que, “*al 172 ter se reconduzcan los casos*

---

<sup>149</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., El nuevo delito de acoso o stalking, op. cit., p. 132.

<sup>150</sup> STS (Sala de lo Penal), de 2 de junio de 2016 (RJ 2016/2722).

<sup>151</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en Comentarios a la reforma del código penal de 2015 (González Cussac, dir.), op. cit., p. 588.

<sup>152</sup> TAPIA BALLESTEROS, P., El nuevo delito de acoso o stalking, op. cit., p. 201.

<sup>153</sup> Nuestro delito de acoso no puede perpetrarse a través de la violencia física, a diferencia del código alemán parágrafo 238 (1).

*de violencia psíquica que alterando gravemente las condiciones de vida del sujeto pasivo acaben incidiendo sólo en su libertad y sentimiento de seguridad personal, quedando para el 173.2 aquellos actos de mayor carga lesiva cuya reiteración sea capaz de generar ese clima de dominación, miedo y sumisión al que alude la jurisprudencia, lesivo de la propia integridad moral”<sup>154</sup>.*

A pesar de dicha delimitación en la práctica surgen problemas de solapamiento entre ambos delitos, en este sentido, MATALLÍN EVANGELIO considera que la realización de *“cualquiera de las conductas típicas del art. 172 ter, realizadas en el ámbito de una relación familiar o doméstica de las descritas en el art. 173.2 CP, pueden generar (...) el ambiente de violencia física o psíquica propio de este último precepto, razón por la cual lo procedente sería la exclusiva aplicación del mismo”*. La autora no admite la aplicación de la cláusula concursal *“se produciría una doble valoración de la relación familiar o doméstica y de los actos determinantes de la violencia física y/o psíquica vulneradora del principio ne bis in ídem”*, por lo que intenta evitar privilegiar el tipo agravado del acoso, ya que este posee una pena menor que el delito del 173.2<sup>155</sup>.

Finalmente cabe resaltar la excepción a la regla general del apartado 4 que exige denuncia por parte de la persona agraviada o su representante, así en los casos en los cuales los sujetos pasivos sean alguna de las personas a las que se refiere el 173.2 no será necesaria la denuncia<sup>156</sup>. Esta excepción fue planteada por la enmienda 554 del Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia<sup>157</sup> en coordinación con la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género<sup>158</sup>. Esta enmienda proponía el no exigir denuncia por parte del sujeto pasivo en el supuesto agravado del 172.2 basándose en dos motivos: primero, *“en relación con la protección del ministerio fiscal de los menores o personas con discapacidad que sean las víctimas de este delito”*, se pretende que en estos casos sea el Ministerio quien tenga la posibilidad de interponer la denuncia en lugar de la persona agraviada, y en segundo lugar, la LO 1/2004 se muestra contraria a la exigencia de denuncia previa por parte de la víctima en el ámbito de la violencia de

---

<sup>154</sup> PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 410.

<sup>155</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), op. cit., pp. 588-589.

<sup>156</sup> V., PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), op. cit., p. 411.

<sup>157</sup> Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 10 de diciembre de 2014, enmienda 554. Disponible en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF).

<sup>158</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 41. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>.



género o doméstica. Esta excepción no se recoge para el caso de que la víctima sea una persona vulnerable, por lo que en este supuesto si se requiere denuncia por parte del agraviado o su representante legal como requisito de perseguibilidad.

Para finalizar, debemos hacer una breve referencia la ausencia de referencia del perdón del ofendido como consecuencia de la exigencia de denuncia como requisito de perseguibilidad. El Consejo Fiscal se mostró disconforme en su informe con esta ausencia, pero a pesar de ello esta referencia siguió sin incorporarse a la redacción final del precepto. Suponemos que a pesar de que el legislador no lo incluya, resulta de aplicación el artículo 130.1.5 del CP sobre las causas de extinción de la responsabilidad penal: *“Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea”*.

## CONCLUSIONES.

El estudio realizado sobre el nuevo delito de stalking nos ha permitido extraer las siguientes conclusiones:

### I

Tras analizar la regulación del acoso personal antes de la inclusión el delito de stalking en nuestro Código Penal concluimos que, su introducción si era necesaria. Antes de incluir nuestro Código Penal el delito de stalking, tanto doctrina como jurisprudencia reconducían los supuestos de acoso personal a otras figuras que ya estaban incorporadas al Código pero que resultaban insuficientes ya que debido a su redacción se dejaban fuera muchos supuestos que hoy gracias al 172 ter sí resultarían típicos. Por otro lado, la inexistencia de un delito específico que regulara los casos de stalking llevaba a que, a pesar de darse casos sustancialmente idénticos las soluciones dadas por los tribunales fueran totalmente dispares.

### II

El bien jurídico protegido por el delito de stalking es la libertad de obrar del individuo junto con la seguridad.

La exposición de motivos de la LO 1/2015 ubica sistemáticamente el nuevo delito de stalking dentro de los delitos contra la libertad, esto nos lleva a identificar su bien jurídico en la libertad de obrar del individuo, también el derecho comparado y la sentencia del juzgado de instrucción de Tudela, de 23 de marzo de 2016 sitúan el bien jurídico del individuo en la libertad de obrar del individuo. El delito de stalking es un delito de resultado que requiere que, se altere gravemente la vida cotidiana de la víctima, por lo que la conducta acosadora del sujeto activo debe limitar la libertad de toma de decisiones de la víctima situándose una vez más el bien jurídico protegido del delito en la libertad.

### III

El delito de stalking se configura como un tipo mixto alternativo pudiéndose colmar el tipo realizando cualquiera de las conductas que en el se prevén. El delito de stalking es también un delito de resultado ya que el delito queda perfeccionado cuando además de realizarse la conducta típica se produce en la víctima una grave alteración del desarrollo de su vida cotidiana.

#### IV

La conducta típica del delito de stalking consiste en que se realice alguna de las conductas enumeradas en el precepto y que, esta se lleve a cabo de una forma “*insistente y reiterada*”, es decir, es necesario que se lleven a cabo dos o más actos de acoso. Esta insistencia y reiteración puede producirse mediante una combinación de las distintas conductas que se contemplan en el precepto.

También se requiere que se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, siendo este elemento el resultado de la conducta típica. Este resultado depende del grado de resistencia que tenga la víctima ante la situación de acoso, ya que, hasta que esta no se rinde de manera que decida cambiar su vida cotidiana no se verá colmado el tipo.

#### V

La conducta típica del delito de stalking consiste en que se realice alguna de las conductas enumeradas en el precepto y que, esta se lleve a cabo de una forma “*insistente y reiterada*”, es decir, es necesario que se lleven a cabo dos o más actos de acoso. Esta insistencia y reiteración puede producirse mediante una combinación de las distintas conductas que se contemplan en el precepto.

También se requiere que se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, siendo este elemento el resultado de la conducta típica. Este resultado depende del grado de resistencia que tenga la víctima ante la situación de acoso, ya que, hasta que esta no se rinde de manera que decida cambiar su vida cotidiana no se verá colmado el tipo.

#### VI

En el caso de las causas de justificación entendemos que ni la legítima defensa ni el estado de necesidad tienen cabida dentro del delito de stalking. Sin embargo, debemos entender como causa de justificación la cláusula del precepto “*sin estar legítimamente autorizado*”, entendiéndose que la pretensión del legislador con esta cláusula era admitir las conductas que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado llevan a cabo siendo, entonces para estos casos, admisible la figura del acoso legítimo.

## VII

Como causa de inimputabilidad del delito de acoso encontramos el trastorno delirante paranoico de tipo erotomaníaco. Aunque no siempre estos trastornos mentales van a ser causas de eximente completa, sino que va a tener que ser sometida a valoración pericial.

En cuanto al error de prohibición resulta admisible en el delito de stalking ya que se trata de conductas que de realizarse de manera aislada no serían jurídicamente relevantes por lo que, el sujeto puede creer que actúa conforme a derecho.

## VIII

El delito de stalking no da cabida a las formas imperfectas de ejecución de conspiración y proposición. No obstante, si podrá darse la figura de tentativa cuando se produzcan conductas de acoso encaminadas a alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima, pero este resultado no se llegue a producir. En algunas de las conductas que incluye el precepto se llega a equiparar la pena de la tentativa con la de la consumación por lo que se produce un adelantamiento de las barreras de protección.

## IX

La cláusula concursal del delito de acoso a pesar de ser criticada por vulnerar el principio *non bis in ídem*, entendemos que tiene sentido pues gracias a ella se evita que el sujeto activo se vea privilegiado ya que el delito de acoso tiene una pena inferior a la prevista para los demás delitos que pueden formar parte de la acción acosadora como pueden ser las amenazas o coacciones.

## X

En cuanto a la circunstancia agravante contenida en el 172.2 ter, debemos resaltar el solapamiento que crea con el delito de maltrato habitual produciendo así problemas de delimitación entre ambos. Además, resulta privilegiado el tipo agravado de acoso del 172.2 ter frente al delito de maltrato habitual por tener una pena menor. Por ello consideramos que este tipo agravado debe suprimirse.

## XI

Para finalizar, debemos resaltar que la principal crítica que a nuestro juicio merece el delito de stalking deriva de su redacción (recordar que sobre la necesidad de este delito ya nos referimos en la conclusión I). De su redacción se derivan problemas tanto

interpretativos como de aplicación por lo que proponemos una reformulación del mismo acompañada de la creación de un Capítulo en el Código Penal dedicado exclusivamente a los delitos de acoso y donde se encuentre una definición general de acoso, de modo que, las distintas modalidades de acoso se regulen de manera coordinada y sistemática.

La primera pincelada de reformulación la debemos centrar en el resultado del delito, el resultado de alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima hace depender la tipicidad de la conducta del grado de resistencia que tenga la víctima frente a esa conducta acosadora por lo que estamos ante un resultado subjetivado. De manera que, resultaría más adecuado utilizar una redacción más objetiva del resultado.

En segundo término, tenemos la cláusula concursal duramente criticada por vulnerar el principio *non bis in ídem* nosotros, por el contrario, creemos que dicho principio no se vulnera ya que, la cláusula sólo se estaría refiriendo a delitos con distinto bien jurídico protegido de manera que se enerva la triple identidad. De ahí que proponemos que se aclare esta limitación de la cláusula concursal a delitos con distinto bien jurídico de manera expresa.

Y para finalizar proponemos la supresión de la agravación contenida en el 172.2 ter por provocar solapamientos y se privilegiaría el delito de acoso agravado frente al delito de maltrato habitual por tener una pena mayor.

## BIBLIOGRAFÍA.

ALCALE SÁNCHEZ, M., y GÓMEZ LÓPEZ., “Acoso- stalking: Art 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Ciberstalking y nuevas realidades”, en *La Ley Penal*, nº 105, 2013.

CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio”, en *La Ley Penal*, nº 121, 2016.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Derecho Penal y acoso en el ámbito laboral.”, en *violencia de género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales* (Pérez del Río, coord.), Mergablu, Sevilla, 2004.

ESBEC RODRÍGUEZ, E., “Violencia y trastornos mental”, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, VIII, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

JORGE CÓRDOBA, F., *La evitabilidad del error de prohibición*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

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

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2015,

MATALLÍN EVANGELIO, A.

“Acoso-stalking: artículo 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

“Delitos de acoso (artículo 172 ter)”, en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015* (González Cussac, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MAUGERI, A.M., “El stalking como delito contra la intimidad”, en *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad. Aspectos referidos a los delitos*

*contra la vida y la salud, violencia de género, stalking, contra la libertad y la indemnidad sexuales y el dopaje* (Doval Pais, A, dir.), Aranzadi, Navarra, 2015.

MENDOZA CALDERÓN, S., “El delito de stalking: análisis del artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código penal de 2013”, en *Análisis de las reformas penales* (Francisco Muñoz, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.

“Diversas modalidades de acoso punible en el Código Penal”, en *El acoso: tratamiento penal y procesal* (Martínez González, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

*Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”, en *Derecho penal. Parte especial* (González Cussac, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PALMA HERRERA, J.M., “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios sobre el código penal reformado* (Morillas Cuevas, dir.), Dykinson, Madrid, 2015.

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

URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares y Cátedra de derecho y Genoma Humano, Granada y Bilbao, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.

“La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro”, en *Recrim: revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 4, 2010.

“Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Álvarez García, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

*Delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

“Artículo 172 ter.”, en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (Morales Prats, coord.), Aranzadi, Cizur menor (Pamplona), 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Autoría y participación”, en lecciones de derecho penal: parte general (Moreno-Torres Herrera, coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

#### JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA.

Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma, de 16 de enero de 2013.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 8 de enero de 2013.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

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.

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 10 de diciembre de 2014, enmienda 554.

SAP de Girona (Secc. 3ª), de 1 de junio de 1999 (ARP 1999\3458).

SAP de Navarra (Secc. 3º), de 9 de marzo de 2005 (JUR 2005/167006).

SAP de Sevilla (Secc. 4ª), de 4 de marzo de 2004 (JUR 2004/126194).



SAP de Sevilla (Secc. 4ª), de o de junio de 2009 (JUR 2009/377646).

SAP de Tarragona (Secc. 2ª), de 8 de octubre de 2001 (JUR 2001\329760).

SAP de Vizcaya (Secc. 6ª), de 29 de junio de 2009 (JUR 2009/369536).

SAP de Zaragoza (Secc. 1ª), de 13 de octubre de 2016 (JUR 2016/244069).

SJI de Navarra, de 23 de marzo de 2016 (ARP 2016/215).

STS (Sala de lo penal), de 12 de abril de 2002 (JUR 2002/120119).

STS (Sala de lo Penal), de 2 de junio de 2016 (RJ 2016/2722).