



---

# **Universidad de Valladolid**

**F. de Ciencias Sociales, Jurídicas  
y de la Comunicación  
Campus de Segovia**

**GRADO EN DERECHO.**

## **EL DELITO DE STALKING EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

**PRESENTADO POR:**

**FRANCISCO JAVIER GUARDADO CANO**

**TUTELADO POR:**

**PATRICIA TAPIA BALLESTEROS**

**JULIO 2019**

## **RESUMEN**

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se tipificó recientemente en nuestro ordenamiento jurídico. Anteriormente los hechos que tienen cabida en este tipo delictivo se subsumían en otros tipos penales, como eran los delitos de amenazas o coacciones. Sin embargo, la presencia de dificultades a la hora de analizar los hechos delictivos, mostró la conveniencia de encontrar una regulación específica. Se incorporó al ordenamiento jurídico penal español a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 172 ter del Código Penal. El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito de *stalking* relacionándolo con aquellos ámbitos en los que se produce y guarda relación con la violencia de género.

## **PALABRAS CLAVE**

Acoso, *stalking*, violencia de género, persecución, temor/intranquilidad.

## **ABSTRACT**

The crime of stalking or predatory harassment was recently typified in our legal system. Previously the facts that have place in this criminal type were subsumed in other criminal types, as were the crimes of threats or coercion. However, the presence of difficulties when experts analyzing the criminal acts, showed the convenience of finding a specific regulation. It was incorporated into the Spanish criminal law by means of Organic Law 1/2015, of 30 March, in article 172 ter of the Criminal Code. The purpose of this project is to analyze the crime of stalking by relating it to those areas in which it occurs and is related to gender violence.

## **KEY WORDS**

Harassment, *stalking*, gender violence, persecution, fear/restlessness.

## **ABREVIATURAS**

ART Artículo.

CP Código Penal.

BOE Boletín Oficial del Estado.

LO Ley Orgánica.

TC Tribunal Constitucional.

CE Constitución Española.

RAE Real Academia de la Lengua Española.

CGPJ Consejo General del Poder Judicial.

EM Exposición de Motivos.

STC Sentencia Tribunal Constitucional.

SAP Sentencia Audiencia Provincial.

StGBStrafgesetzbuch (Código Penal Alemán).

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. REGULACIÓN DEL ACOSO CON ANTERIORIDAD A LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO.....	6
2.1 Acoso sexual.....	7
2.2 Acoso laboral o <i>mobbing</i> .....	9
2.3 Acoso inmobiliario o <i>blockbusting</i> .....	10
2.4 Ciberacoso sexual a menores u <i>online childgrooming</i> .....	11
3. ANÁLISIS DEL DELITO DE ACOSO DE ACECHO O PREDATORIO, <i>STALKING</i> (ART 172 TER CP) EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO	
3.1 Inclusión del delito de acoso de acecho o predatorio, <i>stalking</i> , en el ordenamiento jurídico penal español.....	13
3.2 Bien jurídico protegido	
3.2.1 Posiciones doctrinales acerca del bien jurídico protegido.....	14
3.2.2 Toma de posición desde la perspectiva de la violencia de género.....	16
3.3 Tipicidad	
3.3.1 Elementos comunes.....	16
3.3.2 Modalidades de conducta: especial referencia a los supuestos de violencia de género.....	18
3.3.3 Tipo subjetivo.....	23
3.4 Iter Crimnis.....	23
3.5 Autoría y participación: especial referencia a los supuestos de violencia de género.....	25
3.6 Cláusula concursal	
3.6.1 Críticas de la doctrina a la introducción del apartado tercero del artículo 172 ter.....	26
3.6.2 Cláusula concursal en relación a la violencia de género. Especial referencia al delito de quebrantamiento del artículo 468.2 del Código Penal.....	27

<b>3.7</b>	<b>Penalidad</b>	
3.7.1	<i>Tipo básico</i>	29
3.7.2	<i>Tipos cualificados</i>	29
3.7.2.1	<i>Modalidad agravada en relación a la vulnerabilidad de la víctima</i>	29
3.7.2.2	<i>Modalidad agravada en atención a la relación de parentesco entre autor y víctima. Especial relación con la violencia de género</i>	31
<b>4.</b>	<b>CONCLUSIONES</b>	35
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	39

## 1. INTRODUCCIÓN

La incorporación en el ordenamiento jurídico español del delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se debe al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra mujer y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011<sup>1</sup>. En su articulado prevé la obligación de los Estados miembros de sancionar las conductas amenazadoras contra otra persona que sean realizadas en varias ocasiones y le hagan temer por su seguridad<sup>2</sup>. Además, en el mismo, se define la violencia contra la mujer como una forma de discriminación, sufrida por razones de género, incluyendo las diferentes modalidades de violencia<sup>3</sup>.

El acoso se da frecuentemente en el ámbito de la pareja, constituyendo la situación más común el hostigamiento del hombre hacia la mujer tras haber finalizado una relación sentimental y no haber aceptado éste el cese de la misma. Es por ello, que el acoso se concibe como una modalidad de violencia de género, y con su tipificación se tratará de dar respuesta a los comportamientos amenazadores realizados por el hombre hacia la que ha sido su pareja o ex pareja.

Este delito se incorpora a instancias de la Unión Europea, cuando otros países de nuestro entorno ya lo tenían previsto en sus respectivas legislaciones. El origen de su tipificación es en el año 1990 en Estados Unidos, concretamente en el estado de California, debido a los hechos que se produjeron contra celebridades como era el caso de Rebecca Schaeffer o John Lennon que atrajeron el foco mediático de la prensa<sup>4</sup>. Sería en California, dónde se promulgó la primera *Ley Antistalking*, para después incorporarse el hecho delictivo en el *California Penal Code*. Desde entonces se fue expandiendo por los restantes Estados de Norteamérica que promulgaron leyes para penalizar este tipo de acoso.

---

<sup>1</sup> Ratificado por España el 27 de mayo de 2014 y cuya entrada en vigor fue el 1 de agosto del mismo año. BOE (6 de junio de 2014) número 137 de 2014, Disposición 5947. Acceso en: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>. [Consulta: 15 de mayo 2019].

<sup>2</sup> Véase el artículo 34 del Convenio de Estambul.

<sup>3</sup> Véase el artículo 3 del Convenio de Estambul.

<sup>4</sup> Sobre estos casos y otros relevantes, véase VILLACAMAPA ESTIARTE, C, *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009, páginas 25 a 28.

Fuera de Estados Unidos, se expandió la tipificación de este tipo delictivo en países de la comunidad anglosajona, integrantes de la *Common Law* y en países de Europa como es el caso de Alemania, Austria, Italia o Portugal.

En nuestro país, el delito ha sido incorporado tardíamente a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Aparece regulado en el artículo 172 ter, el cual pese a ser un delito común y no recoger características específicas en los sujetos del mismo, se incorporó fundamentalmente para proteger a la mujer en los supuestos de violencia de género.

Esta relación ya quedaba patente en la nota de prensa publicada por el Ministerio de Justicia tras la aprobación por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de reforma de Código Penal, el cual consideraba especialmente relevante en materia de violencia de género los actos reiterados de acecho u hostigamiento<sup>5</sup>. Del mismo modo, la jurisprudencia<sup>6</sup> ha venido señalando el predominio de estos comportamientos en los ámbitos de violencia de género.

Por todo ello, el delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, está enfocado principalmente a la protección de las mujeres. La elección de este tema se debe, a exponer unos de los problemas más relevantes en la sociedad actual, como es el caso de la violencia de género y analizar como el legislador a raíz de la última reforma ha pretendido proteger mediante esta figura delictiva a este colectivo que tradicionalmente ha sido tratado con una situación de desigualdad e inferioridad respecto de los hombres.

En el presente trabajo se abordará cómo era la regulación del acoso con anterioridad a la aparición de la LO 1/2015, de 30 de marzo, haciendo referencia al acoso sexual, al acoso laboral o *mobbing*, al acoso inmobiliario o *blockbusting* y al ciberacoso sexual a menores u *online childgrooming*.

Posteriormente se procederá al análisis del delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*. Se tratará concretamente los aspectos referidos a su bien jurídico protegido, sus elementos comunes así como las modalidades de conducta posibles, su íter críminis, los aspectos

---

<sup>5</sup> Al respecto véase [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicación/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicación/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto). [Consulta: 11 de mayo 2019]

<sup>6</sup> Véase al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección nº3, 774/2017, de 21 de septiembre o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección nº6, 14/2017, de 14 de marzo.

referido a la autoría y participación, la cláusula concursal y finalizaré tratando su penalidad con especial referencia al tipo cualificado recogido en su apartado segundo que es el que a mi modo de ver presenta una mayor vinculación con la violencia de género.

El objetivo del trabajo será mostrar en cada uno de los apartados referidos al análisis del tipo delictivo los aspectos en los que la violencia de género presenta una mayor vinculación con este nuevo delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*.

## 2. REGULACIÓN DEL ACOSO CON ANTERIORIDAD A LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015 DE 30 DE MARZO

Antes de adentrarnos en el contenido del delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, el cual es objeto de estudio del presente trabajo, conviene analizar en este apartado qué se entiende por acoso en sus distintas formas a partir de su regulación previa a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo mediante la cual se reforma el Código Penal español.

Para comenzar el análisis del delito se debe observar en primer lugar qué se interpreta por “acosar”. Nuestro ordenamiento jurídico obvia una definición del mismo a la hora de analizar el tipo delictivo y por ello la doctrina ha tratado de dar una respuesta al respecto. En este sentido Villacampa Estiarte establece el acoso como aquella situación que genera “desasosiego, preocupación y hasta miedo razonable experimentado por la víctima, constituyendo un riesgo objetivo de que de manera próxima suceda algo malo o desagradable para la persona acosada o para seres próximos queridos”<sup>7</sup>. Asimismo Cámara Arroyo considera el acoso como “perseguir, sin darle tregua ni reposo, a una persona o perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimiento”<sup>8</sup>. Traigo a colación estas definiciones ya que partiendo de ellas nos podrán mostrar un primer acercamiento al hecho delictivo y nos servirá de base a la hora de examinar las diferentes modalidades del mismo.

Desde un punto de vista jurídico el acoso no es una cuestión nueva para nuestro ordenamiento, fue regulada por primera vez en el Código Penal de 1995. Sin embargo, la ordenación que se hacía allí del mismo no es como la que podemos observar actualmente ya que se han añadido nuevas formas de acoso para adaptarnos a las realidades sociales vigentes, aunque sin seguir una sistematicidad concreta. Hoy en día junto a esa regulación inicial del acoso centrada en el ámbito sexual, se han incorporado otras nuevas formas de acoso como son el acoso laboral o *mobbing*, el acoso inmobiliario o *blockbusting*, el ciberacoso sexual a menores u *online childgrooming* y el que es el objeto del presente trabajo el

---

<sup>7</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C (2009) op. cit., páginas 42-43.

<sup>8</sup> CÁMARA ARROYO, S, “Las primeras condenas en España por *stalking*”, en *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 121, 2016, página 8, citando a DE LA CUESTA ARIZMENDI, J.L./ MAYORDOMO RODRIGO, V, *Acoso y derecho penal*, Eguzkilore, número 25, 2011, página 22.

acoso de acecho o predatorio, *stalking*. Estas nuevas incorporaciones son fruto de una realidad social y es que el acoso se presenta en nuestros días como un serio problema que tanto doctrina como jurisprudencia deben abordar. Cabe decir como afirman Bustos Rubio y Paino Rodríguez que “aunque el acoso presente diferentes modalidades, como se acaba de mencionar, todas ellas tienen algo en común, son actos realizados por un individuo que imposibilitan al sujeto que las soporta realizar sus actividades cotidianas (cambiando en numerosas ocasiones su rutina) y ejercer o disfrutar los derechos y libertades que ha adquirido legítimamente”<sup>9</sup>.

Procedo a realizar una exposición de cada una de las diferentes modalidades de acoso reguladas con anterioridad a la aprobación de la LO 1/2015 de 30 de marzo.

## **2.1 Acoso sexual**

Esta forma de acoso es la primera en regularse en nuestro ordenamiento jurídico. Su primera tipificación se produjo en el ámbito laboral a través de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador. Se reconoció implícitamente a través del artículo 4.2 letra e) del ET. Su inclusión supuso el primer avance para la protección jurídica contra dichas conductas<sup>10</sup>. Seguidamente a este y también en el plano laboral se reguló mediante la Ley 3/1989, de 3 de marzo, sobre Maternidad e Igualdad de Trato de la Mujer Trabajadora. Esta ley tenía como objetivo, tal y como se indica en la Exposición de Motivos, la protección de las mujeres en el mundo laboral ante las constantes conductas sexuales a las que se veían sometidas por parte de sus compañeros o de sus superiores. Ambas leyes, bajo mi punto de vista fueron insuficientes ya que este tipo de conductas tenían una entidad suficiente como para ser reguladas por otros sectores como el Derecho Penal y así poder llegar a ofrecer una mayor protección a las víctimas<sup>11</sup>.

No será hasta el Código Penal de 1995 cuando se incorpore al ordenamiento jurídico penal español a través del artículo 184 ubicado en el Capítulo III del Título VIII “Delitos contra la libertad sexual” del Libro II del Código Penal. Desde aquí ha sido objeto de algunas reformas en gran parte propiciadas por el descontento generalizado por un sector de la

---

<sup>9</sup> BUSTOS RUBIO, M/ PAINO RODRÍGUEZ, FJ, *Acoso: Análisis jurídico penal*, UCM, 2017, página 10.

<sup>10</sup> DEL REY GUANTER, S, “Acoso sexual y relación laboral”, en *Relaciones Laborales*, número 3 y 4, 1993, página 90.

<sup>11</sup> Para más información véase: *El acoso sexual*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2017.

sociedad, porque consideraban a esta primera regulación del delito como exigua, puesto que no tenía en cuenta aspectos demandados por parte de la colectividad para una mayor seguridad y protección. A través de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril se introdujeron dos modificaciones en el precepto. La primera de ellas relacionada con la rúbrica del título, incorporando también la indemnidad sexual. La segunda modificación pretendía acercar el concepto penal de acoso sexual con la que establece la Recomendación de 1991 de la Comisión Europea<sup>12</sup>, en lo concerniente a la protección de la dignidad del hombre y la mujer en el trabajo y las medidas para combatir el acoso sexual.

Las últimas modificaciones son a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre la cual cambió las penas de multa o de arresto de fin de semana por la de prisión o multa.

El delito de acoso sexual se encuentra recogido en el artículo 184 del Código Penal donde en su apartado primero establece el tipo básico: “el que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual”. Según autores como Mendoza Calderón o Martínez González entienden que el acoso debería entenderse mejor como “aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal, físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”<sup>13</sup>. Surgen estas formas de entender el acoso sexual, ya que parte de los autores critican su regulación en base a que al tipificar de manera autónoma el tipo penal del acoso sexual (debido a que no se tenían antecedentes del mismo en el ámbito penal) se generan lagunas en la redacción del delito que originarán dificultades a la hora de aplicar el mismo. Además consideran a la regulación dada por el legislador como superflua y disfuncional.

En mi opinión la regulación del tipo solo abarca una serie de conductas determinadas, que podríamos llamar *numerus clausus*, cuando en realidad bajo mi punto de vista el acoso sexual debería de regular otra serie de actos que no están incluidos en el precepto ya que no se enmarcan dentro de esa relación “laboral, docente o de prestación de servicios”. Por ello

---

<sup>12</sup> Véase el artículo primero de dicha Convención

<sup>13</sup> MENDOZA CALDERÓN, S/MARTÍNEZ GONZALEZ, M, “El acoso en el derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso”, en *Revista Penal*, número18, 2006, página 191.

considero que debería de proteger un campo de actuación más amplio. En su apartado segundo establecerá dos modalidades agravadas, mientras que en su apartado tercero recogerá una modalidad hiperagravada en atención a la víctima.

Resultan destacables los datos proporcionados de los diferentes tipos de investigaciones realizadas que demuestran que el acoso sexual puede situarse entorno a 30-45%, siendo las mujeres el colectivo que más lo sufre a través de la recepción de solicitudes de tipo sexual no deseadas. Pese a ello, únicamente el 1% de las víctimas decide denunciarlo<sup>14</sup>.

## **2.2 Acoso laboral o *mobbing***

El acoso laboral o *mobbing* fue introducido en el ordenamiento jurídico penal español a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tras tres iniciativas parlamentarias<sup>15</sup> intentadas anteriormente, dos de ellas relacionadas con la regulación del acoso moral en las leyes laborales y otra referida a incluir un nuevo precepto (el artículo 314 bis) entre los delitos contra los derechos de los trabajadores. Con su tipificación se va a complacer la petición realizada en el informe del Consejo General de Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2008, que las doctrinas laboristas y penalistas venían demandando. Antes de la llegada de la Ley Orgánica 5/2010, debido a que no existía un delito concreto de acoso laboral este se regulaba de manera fragmentaria a través de los diferentes artículos del Código Penal, entre los que cabe destacar el delito de amenazas (artículo 169 CP), coacciones (artículo 172 CP) o injurias (artículo 208 CP) pero el que se aplicaba con mayor asiduidad era el delito de trato degradante del artículo 173.1 del Código Penal que como ahora haré referencia es donde se encuentra ubicado.

Actualmente el delito de acoso laboral o *mobbing* aparece regulado en el artículo 173.1 párrafo 2º ubicado en el Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” del Libro II del Código Penal. El cual establece “con las mismas penas (de seis meses a dos años) serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional 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

---

<sup>14</sup> MENDOZA CALDERÓN, S/MARTÍNEZ GONZALEZ, M, op. cit., página 195.

<sup>15</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: “Los delitos de acoso en los ámbitos inmobiliario y laboral”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), AAVV, *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Aranzadi, Navarra, 2011, página 300.

grave acoso contra la víctima”. El delito no está exento de críticas desde su incorporación, las principales relacionadas con que la conducta se tenga que producir en el marco de las relaciones superioridad- inferioridad. Según Piñuel y Zabala lo realmente importante para calificar una conducta de acoso laboral o *mobbing* es que se produzca “un continuo y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de uno u otros, que se comportan con él cruelmente, con el objeto de lograr su aniquilación o destrucción psicológica y obtener su salida de la organización, a través de diferentes procedimientos ilegales, ilícitos o ajenos a un trato respetuosos o humanitario y que atentan contra la dignidad humana”<sup>16</sup>. Opiniones como la descrita, a mi modo de ver, nos muestran las realidades que pueden suceder en el mundo laboral en nuestros días. Somos ajenos a ellas y nos parece inusual que semejantes conductas puedan llevarse a cabo entre compañeros, pero nada más allá de una realidad, todos buscamos nuestro bien a costa del de los demás.

Por último resultan reseñables los datos proporcionados acerca de este hecho delictivo, a la luz de los cuales nos hacen contemplar este tipo de acoso con una mayor preocupación que la que en un principio cabría imaginar, ya que según los datos, el 80% de los trabajadores lo han sufrido aunque sólo el 5% de los mismos lo denuncia. Se establece que concretamente en España el 15% de los trabajadores son víctimas de acoso laboral, recalando que las mujeres representan el colectivo más vulnerable<sup>17</sup>.

### **2.3 Acoso inmobiliario o *blockbusting***

Su inclusión en el ordenamiento jurídico penal español será a raíz de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual en la Exposición de Motivos justificaba la introducción del delito<sup>18</sup>. Su incorporación obedece a un hecho concreto como es el denominado “rentas antiguas” donde el propietario de la vivienda ejercía una serie de conductas, sobre quien sin ser el propietario de la vivienda habita legítimamente en ella, encaminadas al abandono de la misma en contra de su voluntad. Los sujetos que llevaban a cabo estas conductas lo hacían siempre con una finalidad económica, al propietario le interesa disponer libremente de la vivienda para obtener una mayor rentabilidad. Dentro de los intereses del propietario podrían incluirse el vender el piso o edificio entero, libre de ocupantes, celebrar nuevos

---

<sup>16</sup> PIÑUEL Y ZABALA, I, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Térrea, Santander, 2001, páginas 52 y ss.

<sup>17</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J, op. cit., página 310.

<sup>18</sup> Véase apartado XI de la Exposición de Motivos.

contratos de arrendamiento con rentas más elevadas o transformar el uso de vivienda en local comercial<sup>19</sup>.

El delito aparece regulado en dos preceptos: por un lado en el artículo 173.1 en su párrafo 3º en el Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” del Libro II del Código Penal. Donde se establece que “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”. Y por otro también se regula como una modalidad agravada específica en el artículo 172.1 en su párrafo 3º en el Título VI “Delitos contra la libertad” del Capítulo III “De las coacciones” del Libro II del Código Penal donde regula que “también se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

Ambos preceptos, aunque obedecen a las nuevas circunstancias de la sociedad estuvieron marcados por la crítica desde su entrada en vigor al considerar que estas situaciones ya tenían cabida en los delitos de coacciones o en los de la integridad moral. Aunque podemos considerar que este delito de acoso inmobiliario lo que hace es cubrir un ámbito más amplio que el que marcaba la redacción original del artículo 173.1 del Código Penal.

Este tipo de conductas afectan especialmente a personas mayores, cuyos ingresos y recursos son bajos, dándose sobre todo en la denominada época del “boom inmobiliario”. Actualmente los casos han descendido notablemente.

#### **2.4 Ciberacoso sexual a menores u *online childgrooming***

Como punto de partida se puede entender el ciberacoso sexual como “aquellas acciones premeditadas que lleva a cabo un adulto a través de Internet para ganarse la confianza de un menor de edad y obtener su propia satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas que consigue del menor, pudiendo incluso llegar a concertar un encuentro físico y abusar sexualmente de él”<sup>20</sup>.

Este delito fue introducido en el ordenamiento jurídico penal español a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en cumplimiento de la trasposición de la Decisión Marco

---

<sup>19</sup> BUSTOS RUBIO, M/ PAINO RODRÍGUEZ, FJ, op. cit., página 40.

<sup>20</sup> PANIZO GALENCE, V, “El ciber-acoso con intención sexual y el *child-grooming*”, en *Revista de criminología y ciencias forenses*, número 15, 2011, página 24.

del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, en lo concerniente a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Y también se introdujo en cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007<sup>21</sup>.

Se recogió en el artículo 183 bis del Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” del Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” del Libro II del Código Penal. Sin embargo, pese a lo reciente de su regulación el precepto ya se ha visto modificado a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que lo que hace es trasladar el delito del artículo 183 bis al nuevo artículo 183 ter con una descripción bastante parecida y añadiendo un nuevo párrafo. Sobre todo hay que destacar que amplía la edad que tiene que tener el sujeto pasivo de los trece a los dieciséis lo cual no es nada incoherente ya que los que tienen más potencialidad para ser sujetos pasivos son los menores de esta edad.

Por último decir que la regulación de delito de ciberacoso u *online childgrooming* a raíz de lo expuesto nos muestra que su tipificación obedece a la proliferación en los últimos tiempos del uso de Internet y de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación con fines sexuales contra menores, ocultándose bajo el anonimato o utilizando perfiles falsos en las redes para ganarse la confianza de sus víctimas, todo ello añadido a que como sabemos es muy frecuente el uso por parte de menores de este tipo de tecnologías sin que sus progenitores sepan realmente el uso que las dan. Se estima que el número de jóvenes a los que les afecta este tipo de delito es bastante amplio. Lo sufren el 52,9% de los niños entre 11 y 15 años, el 33,7% entre 7 y 10 años, el 10,2% entre 16 y 18 años y el 3,2% los menores de 6 años. Además la perpetración de este hecho delictivo se efectúa en el 75,4% de los casos a través de las redes sociales<sup>22</sup>. Por ello debemos de ser conscientes de la gran herramienta que es Internet pero también de los enormes riesgos que conlleva.

---

<sup>21</sup> Véase dicho Convenio concretamente su artículo 23 donde se establece las exigencias a las que deben atender los Estados parte en relación a este hecho delictivo.

<sup>22</sup> MAGRO SERVET, V, “El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal” en, *Diario La Ley*, número 7492, 2010, página 20.

### 3. ANÁLISIS DEL DELITO DE ACOSO DE ACECHO O PREDATORIO, *STALKING* (ART 172 TER CP) EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

#### 3.1 Inclusión del delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking* en el ordenamiento jurídico español.

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se incorpora al ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mediante la cual se reforma el Código Penal español. Hasta ese momento la práctica habitual de los Tribunales era resolver como un delito de coacciones<sup>23</sup> o como amenazas<sup>24</sup> las conductas que actualmente tienen cabida en el artículo 172 ter del Código Penal español. La incorporación de esta figura delictiva obedece a la propuesta de criminalización que realiza el Convenio del Consejo de Europa para la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011, el cual en su artículo 34 establece la obligación de los Estados firmantes de adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad”<sup>25</sup>. De este modo tal y como afirma Villacampa Estiarte “aunque el delito se configura sin distinción de género, su inclusión se debe principalmente a poder ofrecer una respuesta adecuada a las conductas de acecho en el marco de la lucha contra la violencia de género”<sup>26</sup>.

Este delito se formuló por primera vez en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012 ubicado en el artículo 172 ter, dentro del Título VI “Delitos contra la libertad” en el Capítulo III que regula las coacciones. En la misma línea que la

---

<sup>23</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº6, 203/2001, de 3 de mayo.

<sup>24</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección nº3, 31/2007, de 20 de marzo.

<sup>25</sup> Ratificado por España el 27 de mayo de 2014 y cuya entrada en vigor fue el 1 de agosto del mismo año. BOE (6 de junio de 2014) número 137 de 2014, Disposición 5947. Acceso en: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>. [Consulta: 19 de marzo de 2019].

<sup>26</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C, “El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 109, I, Época II, mayo 2013, página 8.

marcada por el Anteproyecto, se expone en el Proyecto de Reforma de 4 de octubre de 2013. En ambos casos se abogaba por la incorporación de este nuevo hecho delictivo y casi en igualdad de términos aunque con algún matiz diferenciador. Las diferencias radicaban básicamente en la sustitución del término “aceche” por “vigile, la persiga” dentro de la primera modalidad de conducta, la incorporación de la agravante en atención a la especial vulnerabilidad de la persona por razón de su edad, enfermedad o situación y un apartado quinto dentro del artículo que preveía la posibilidad de imponer la medida de la libertad vigilada.

Pues bien como ya es sabido, el delito finalmente se incorporará mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el art 172 ter dentro del Título VI “Delitos contra la libertad”, Capítulo III “De las coacciones” del Libro II del CP.

A continuación se procederá a analizar las cuestiones fundamentales.

### **3.2 Bien jurídico protegido**

#### *3.2.1 Posturas doctrinales acerca del bien jurídico protegido*

Normalmente, podemos conocer el bien jurídico protegido de un delito en atención a su ubicación en el Código Penal. Pues bien, como ya he mencionado *ut supra* el delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se encuentra ubicado en el art 172 ter dentro del Título VI “Delitos contra la libertad”, Capítulo III “De las coacciones” del Libro II del CP. Esto en base a lo expuesto, nos haría pensar que el bien jurídico protegido es la libertad. No obstante, su delimitación no es tan evidente ya que se ha suscitado un debate en atención a si el bien jurídico protegido debe ser la libertad o bien entendiéndolo de otra manera si sería la integridad moral.

Quienes defienden que el bien jurídico es la integridad moral es una doctrina minoritaria y lo relacionan con el artículo 15 de la Constitución Española<sup>27</sup>, entendiendo que tanto la integridad física como la moral constituyen el derecho a la inviolabilidad penal. Otros, lo vinculan con el artículo 10 de la Constitución Española donde entienden la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico, reconociéndola como fundamento

---

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, página 159.

del orden político y de la paz social<sup>28</sup>. En cualquier caso según pone de manifiesto Tapia Ballesteros “lo relevante tanto para unos como otros será el establecimiento de una situación hostil y humillante, pero dicha situación debe ser objetiva, es decir, al margen de los sentimientos que se puedan producir en esa persona a raíz de la conducta llevada a cabo”<sup>29</sup>. Algunos autores se inclinan más por esta vertiente de la integridad moral, entendiendo que el delito de *stalking* no sólo considera punible conductas que puedan coartar la libertad del sujeto sino también situaciones que puedan afectar a su seguridad<sup>30</sup>.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia<sup>31</sup> defienden que el bien jurídico protegido es la libertad entendiéndola como una libertad de decisión y de actuación ante conductas que pretendan condicionarla o que la condicionen. En este sentido Quintero Olivares considera que “los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad”<sup>32</sup> debiendo plantearnos entonces qué fases componen el proceso de voluntad y cuáles son protegidas por el *stalking*. Se entiende que la libertad podría ser condicionada durante la formulación de la decisión o bien cuando esta se está ejecutando. También en consonancia con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 se defiende por parte de la doctrina que junto a la libertad se protege la seguridad de la víctima.

---

<sup>28</sup> PÉREZ MACHÍO, ANA I, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en GÓMEZ TOMILLO, M, *Comentarios al Código Penal*, 2ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, página 676.

<sup>29</sup> TAPIA BALLESTEROS, P, *El nuevo delito de acoso o stalking*, WoltersKluwer, Barcelona, 2016, página 138.

<sup>30</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A, “Delito de acoso (art. 172 ter)” en GÓNZALEZ CUSSAC, J.L (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, 2015, página 20. Citando a RAGUÉS I VALLÉS, R, “Delitos contra la libertad” en SÁNCHEZ SILVA, J.M, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, página 109. Afirma Matallín Evangelio “que como consecuencia de las conductas de acoso sufridas llevan al sujeto a realizar sus actos de la vida ordinaria de manera distinta a la deseada, es por ello que debe vincularse con el bien jurídico de la integridad moral y con la creación de un clima hostil u ofensivo para el sujeto, dicho sujeto vería afectada de manera mediata su libertad pero sin constituir el objeto formal del delito”.

<sup>31</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº27, 738/2015, de 10 de diciembre o la Sentencia del Juzgado de Instrucción Tudela, nº3, 260/2016, de 23 de marzo.

<sup>32</sup> QUINTERO OLIVARES, G, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, página 245.

### 3.2.2 Toma de posición desde la perspectiva de la violencia de género

De acuerdo al análisis efectuado del bien jurídico protegido por el delito y desde una perspectiva de la violencia de género me lleva a posicionarme junto a la doctrina mayoritaria. Considero que lo que se trata de proteger es la libertad de obrar entendiéndola como la posibilidad de que la víctima pueda decidir libremente. Las conductas que pueden llevar a cabo los sujetos activos de este delito afectarían al proceso de formación de voluntad de la víctima ya que ocasionaría en éstas un clima de temor o intranquilidad fruto del acechamiento por parte del sujeto que lleva a cabo estas conductas y todo esto le lleva a la víctima a cambiar sus hábitos, lugares que suele frecuentar, número de teléfono, cuentas de correo electrónico o incluso el lugar de residencia y trabajo con el objetivo de no tener esa sensación de angustia o miedo ante la posibilidad de lo que podría llegar a derivar la realización de semejantes conductas. En este sentido, Alonso Escamilla afirma que “lo que trataría de buscar el *stalking* en este ámbito de violencia de género es producir en la víctima los sentimientos de temor, preocupación, inseguridad o desasosiego entre otros”<sup>33</sup>. Junto a la libertad también considero que se tutela la seguridad entendiéndola como un derecho a la tranquilidad de la víctima necesario para poder obrar libremente. Todo ello sin perjuicio de que en atención al caso en concreto puedan lesionarse otros bienes jurídicos de naturaleza personal o incluso patrimonial.

## 3.3 Tipicidad

### 3.3.1 Elementos comunes

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se articula en cuatro modalidades posibles de conducta, las cuales comparten tres notas comunes que deben darse obligatoriamente para que se pueda hablar de este tipo de delito.

La primera de ellas se refiere a que **es necesario que la conducta se realice de “forma insistente y reiterada”**. Estos dos términos no se encuentran definidos por el ordenamiento jurídico y se plantea por parte de la doctrina el dilema de si ambos tienen el mismo significado. La solución adoptada según lo estudiado<sup>34</sup> parece clara, el término

---

<sup>33</sup> ALONSO ESCAMILLA, A, “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, en *Revista derecho penal, procesal y penitenciario*, número 105, 2013, Sección Estudios.

<sup>34</sup> MENDOZA CALDERÓN, S, “El delito de *stalking*: análisis del artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las Reformas Penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, página 135, considera que el término “insistente” contiene

reiterada se encuentra inmerso en la insistencia, esto también lo podemos deducir a través de las definiciones aportadas por la Real Academia de la Lengua Española que considera reiterar como “volver a decir o hacer algo”<sup>35</sup> e insistencia como “instar reiteradamente”<sup>36</sup>.

Mayor problema presenta, porque tampoco aparece determinado, cuantas veces tiene que realizarse la conducta para considerarla insistente y reiterada. Nuestro ordenamiento jurídico sigue el modelo europeo obviando el número de ocasiones en que tienen que llevarse a cabo estos comportamientos. Respecto a esto, Matallín Evangelio sostiene que la no incursión por parte del legislador del número de ocasiones que las conductas de hostigamiento deben producirse es debido a que todavía no se ha establecido una situación clara y objetiva para determinarlo<sup>37</sup>. Asimismo Cámara Arroyo considera que lo importante en estos casos es la conducta acosadora y no el número de repeticiones de la misma<sup>38</sup>. Sin embargo, la doctrina suele exigir más de dos actos para que se entienda consumado el delito, no siendo por lo tanto penalmente relevante la realización de actos aislados. Aunque si bien es cierto, que es necesario estar al caso concreto<sup>39</sup> y atender a la línea que de aquí en adelante establezcan los Tribunales.

En segundo lugar se exige que la conducta se lleve a cabo **“sin estar legítimamente autorizado”**. Esta nota nos viene a mostrar, tal y como se encuentra redactada, que hay conductas que no tendrían cabida en el tipo al estar justificadas. Así lo entiende también Villacampa Estiarte que pone como ejemplos las persecuciones producidas en el marco de una investigación criminal o las realizadas con objeto de hacer efectivo el derecho a la libertad de información<sup>40</sup>.

---

un matiz de intensidad emocional, implica tenacidad, mientras que “reiterada” resulta un término neutro con el que se alude a la repetición de la conducta, sin más.

<sup>35</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Espasa, Madrid, 2011. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=VnNxeTF>, [Consulta: 23 de marzo 2019].

<sup>36</sup> Ídem. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=L1HNGby>, [Consulta: 23 de marzo de 2019].

<sup>37</sup> MATA LLÍN EVANGELIO, A, op. cit., página 28.

<sup>38</sup> CÁMARA ARROYO, S, op. cit., página 11.

<sup>39</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección nº5, 87/2016, de 4 marzo, donde a pesar de observarse múltiples mensajes enviados al móvil, al no saber si se habían enviado el mismo día o en días sucesivos, no quedaba acreditada la insistencia y reiteración y por lo tanto no quedaba consumado el tipo.

<sup>40</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C (2013), op. cit., página 28.

Por último la tercera nota característica expresa que la conducta **“altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”**. Esta nota pone de manifiesto que el delito de *stalking* se perfecciona cuando el sujeto activo logra que la víctima varíe gravemente su rutina, es decir, se describe el resultado típico. Así entiende Baucells Lladós que “la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima está relacionada necesariamente con el acoso de tipo psicológico más que moral, ya que supone una incidencia directa en el equilibrio emocional de la persona, produciendo sentimientos de desasosiego, preocupación e inseguridad, vulnerando así la libertad de la víctima”<sup>41</sup>. Dicha alteración grave en este tipo de actividades hay que ponerla en relación al comportamiento de un “sujeto medio” aunque es innegable que el umbral de resistencia que ofrezca la víctima ante tales actos va a ser una cuestión de gran relevancia. En cualquier caso serán los Tribunales los que deberán juzgar la intensidad de los cambios realizados por la víctima, tras examinar que vienen supeditados por las actuaciones del sujeto activo.

### 3.3.2 Modalidades de conducta: especial referencia a supuestos de violencia de género

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, está compuesto por cuatro modalidades de conducta, las cuales serán exigidas para la consumación del hecho delictivo siempre y cuando también se den las notas comunes mencionadas *ut supra*.

La primera de ellas se refiere a que **“la vigile, la persiga o busque su cercanía física”**. El artículo las dispone alternativamente cuando en realidad no son lo mismo. Vigilar y perseguir son las formas tradicionales del acoso. Así Matallín Evangelio considera “los actos de vigilancia y persecución como formas típicas de acoso, enlaza con la exigencia de su frecuente realización y de la creación de un clima ofensivo derivado de su inoportunidad y de su carácter in consentido”<sup>42</sup>.

Respecto a la introducción de la locución buscar su cercanía física parece que es algo previo a la realización de la conducta acosadora y ha suscitado problemas. Sobre todo en lo concerniente a qué se entiende por cercanía física, no se puede establecer un modelo estándar en la aplicación de este término y serán los Tribunales los que los valoren en atención a las circunstancias del caso en concreto, pero siempre atendiendo a que esta

---

<sup>41</sup> BAUCELLS LLADÓS, J, “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento” en PÉREZ CEPEDA, A.I (Directora), *El proyecto de reforma del Código Penal*, Ratio Legis, 2013, página 10.

<sup>42</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A, *op.cit.*, página 577.

cercanía física buscará acosar directamente a la víctima y alterar de manera grave su vida cotidiana, es decir, no se establece una distancia concreta para considerar que la conducta colma el tipo.

En base a ello Cámara Arroyo entiende que al regular los términos de manera separada mediante elementos disyuntivos podría darse el caso de la realización del hecho delictivo simplemente con la observancia del sujeto activo no consentida por la víctima. Baste de ejemplo el caso en que el novio a través de dispositivos de vigilancia como cámaras o prismáticos controla a su pareja porque no se fía de ella. Lo fundamental en este caso sería que se generase un clima de temor o intranquilidad en la víctima<sup>43</sup>.

La segunda modalidad alude a que **“establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas”**. La inclusión de esta modalidad en el precepto fue objeto de un gran análisis por parte de la doctrina. En esta modalidad fue muy criticada la alusión a los términos establecer o intentar establecer ya que parece equiparar la tentativa a la consumación. En este sentido Magro Servet afirma “lo sorprendente de que se sancionen actos de tentativa como delito consumado, ya que se sanciona igual que establezca que al que intente establecer contacto con ella, por lo que de probarse solo este intento se castigaría como si fuera consumado”<sup>44</sup>. A la vista de lo aportado y las diferentes posturas doctrinales se considera que independientemente de que la conducta del autor se haya consumado o sea cometida en forma imperfecta, lo cierto es que para que se produzca la conducta típica necesitaremos una alteración grave de la rutina del sujeto pasivo, resultado del acoso al que se ha visto sometido consecuencia de los actos del autor. Y si queda probado este acoso con un intento de ponerse en contacto con la víctima, aunque no lo haya conseguido, se entiende lesionado el bien jurídico protegido, cumpliéndose así los requisitos para la calificación de la conducta delictiva como tal. Por otro lado en relación al número de actos que deben realizarse siguiendo la postura de Matallín Evangelio la conducta deberá concretarse en la exigencia de su realización por tres o más veces para evitar excesos punitivos.

Así Villacampa Estiarte considera “que nos hallamos ante una modalidad comisiva que integra una suerte de tipo de emprendimiento, puesto que no se requiere que se llegue a tomar contacto directo con la víctima, bastando con que se intente contactar con ella, por

---

<sup>43</sup> CÁMARA ARROYO, S, op cit., página 12.

<sup>44</sup> MAGRO SERVET, V, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, 2015, páginas 17 y 18.

ejemplo mediante un allegado, empleando cualquier medio de comunicación, entre los que cabría incluir el teléfono, el correo electrónico, las redes sociales, o mecanismos menos ligados al empleo de las modernas tecnologías de la comunicación, como dejar mensajes en el parabrisas del vehículo o en el buzón de la víctima”<sup>45</sup>.

La tercera modalidad alude **“mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiriera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella”**. Su inclusión trae causa del Código Penal alemán<sup>46</sup>. A través de esta modalidad lo que pretende el legislador es tipificar la utilización indebida del sujeto activo de datos personales de la víctima, como por ejemplo su correo electrónico, con el propósito de que el mismo o un tercero contacten con ella. Respecto a la incursión de la adquisición de productos o mercancías, o la contratación de servicios mediante el uso indebido de datos personales del autor considero que aparecen regulados en la última modalidad de conducta, ya que pienso que esas conductas están más relacionadas con el patrimonio de la víctima y por lo tanto para evitar una doble tipificación lo adecuado sería tenerlas en cuenta en una sola de las modalidades, en este caso en la última modalidad del artículo. En cualquier caso, esta modalidad delictiva fue una de las que más críticas suscitaron, propiciadas porque sólo preveía las conductas realizadas cuando la modalidad anterior disponía tanto la realizada como la intentada, sin haber ningún tipo de justificación en la diferencia de tratamiento.

La cuarta y última modalidad de ejecución establece **“atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”**. Lo que el legislador trata de proteger aquí es la libertad entendida en un sentido general, es decir, como libertad de obrar y aparte toda conducta que tenga relación con el patrimonio. Respecto a la inclusión de la expresión contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella, sólo se considerará colmado el tipo si esas conductas que se efectúan contra una persona que no es la titular ni del patrimonio ni de la libertad, son realizadas en base a un patrón conductual que tiene por objetivo acosar a la víctima. En este sentido Cámara

---

<sup>45</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C (2013), op. cit., página 29.

<sup>46</sup> Véase el artículo 238 StGB que recoge “el abusar de los datos personales de la víctima con el fin de ordenar productos o servicios para ella o haciendo que terceras personas se pongan en contacto con la misma”. Del mismo modo véase MAUGERI, AM<sup>a</sup>, “El “*stalking*” en el derecho comparado”, en *Revista Penal*, número 38, 2016, páginas 232 y ss.

Arroyo critica que “no se especifique qué clase de atentado contra la libertad o patrimonio se requiere para definir la acción delictiva”<sup>47</sup>.

No obstante, esta modalidad ha sido objeto de críticas debido a la limitación de la conducta a esos dos ámbitos de la libertad o el patrimonio y no tener en cuenta otros relevantes como podía ser la vida. Así lo entiende el Consejo General del Poder Judicial que afirma “lamentamos que los bienes jurídicos protegidos de manera subsidiaria mediante la tipificación del delito de acoso estuvieran tan acotados, sugiriendo que deberían haberse incluido otros, tales como la vida o la salud”<sup>48</sup> y todo ello en base a que, como manifiesta Villacampa Estiarte “algunos tipos de *stalkers* pueden mostrar una clara escalada en el grado de violencia empleada, lo que debería hallar reflejo en el correspondiente tipo delictivo, además de porque no debería preocupar en exceso la posible colisión del delito de *stalking* con otras tipologías delictivas ya existentes si, como han hecho otros Códigos Penales de nuestro entorno, se configura este delito como tipo residual”<sup>49</sup>.

En relación con los supuestos de violencia de género:

En la modalidad primera de conducta tanto si los hechos consisten en vigilar, perseguir o bien buscar su cercanía física sobre la que es o haya sido su mujer o pareja sentimental será que se genere un clima de temor o intranquilidad ante la posibilidad de realización de tales actos por parte del sujeto activo. En esta situación, la víctima se muestra especialmente vulnerable, circunstancia que será aprovechada por el sujeto activo para tratar de controlarla. Tales circunstancias pondrán de manifiesto la discriminación, o la posición de desigualdad y poder de aquél frente a ésta.

Respecto de la modalidad segunda resulta especialmente relevante en el ámbito de la violencia de género cómo se establece dicho contacto, predominando el acoso por Internet. Sobre todo mediante la utilización de cualquier red social para buscar contacto con la víctima, que requerirá no sólo la mera observancia o seguimiento del perfil de ésta, sino que será imprescindible que la víctima haya modificado sus hábitos diarios a consecuencia de

---

<sup>47</sup> CÁMARA ARROYO, S, op. cit., página 13.

<sup>48</sup> Véase el Informe del Consejo General de Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, sobre Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, página 169.

<sup>49</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C (2013), op. cit., páginas 30 y 31.

los actos realizados por el sujeto activo<sup>50</sup>. Estas nuevas tecnologías de la información y comunicación facilitan el tener un contacto más ágil con la víctima a través, de la cual el sujeto activo busca atemorizar o hacer un daño moral a la víctima. Afirma Magro Servet que “el maltratador del *stalking* no persigue convencerla de que vuelva con él, sino que lo que busca es infringirle un castigo moral o psicológico por el hecho de haberle abandonado”<sup>51</sup>. No obstante, pese a ser frecuente en la actualidad el acoso a través de las nuevas tecnologías, también se incluyen dentro de esta modalidad el realizado a través de llamadas reiteradas, el envío de cartas<sup>52</sup>, fotos<sup>53</sup>, amenazas de suicidio<sup>54</sup>, mensajes en el contestador automático<sup>55</sup> etc. Además muchas de estas acciones suelen darse combinadas.

En lo concerniente a la modalidad tercera resulta destacable cuando a raíz de actuaciones por parte del sujeto activo se utilizan indebidamente datos personales de la víctima a través de los cuáles terceros se ponen en contacto con ella. Baste de ejemplo el caso en el cual el autor introduce el correo de la víctima en varias páginas de contactos, a través de la cual ésta recibe numerosos mensajes. En estos supuestos lo habitual, aunque no siempre es así, es que esos terceros desconozcan que los datos les fueron proporcionados sin la autorización legítima de la víctima. Todo ello, se debe a un patrón conductual a través del cual el sujeto activo pretende atemorizar e intranquilizar a la víctima fruto de la relación pasada que les unió con el objetivo de hacerla sufrir por el hecho de que la relación hubiese concluido.

Y por último en relación a la cuarta modalidad el legislador ha tenido en cuenta en los casos de violencia de género, cuando la víctima de tales conductas se refugia en casa de amigos o familiares y el agresor atenta contra el patrimonio de estos. En este sentido cabe decir, que el agresor no busca hacer daño a esos terceros sino que lo que pretende es llamar la atención de la víctima y lo que consigue es generar un clima de desasosiego o intranquilidad en ella.

---

<sup>50</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho Penal español. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 2015, página 177.

<sup>51</sup> MAGRO SERVET, V (2015), op. cit., página 9.

<sup>52</sup> Véase el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección nº6, 1101/2017, de 20 de octubre.

<sup>53</sup> Véase la Sentencia del Juzgado de Instrucción de Tudela, nº3, 260/2016, de 23 de marzo.

<sup>54</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección nº2, 261/2017, de 13 de octubre.

<sup>55</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección nº6, 14/2017, de 14 de marzo.

### 3.3.3 Tipo subjetivo

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, debe ser doloso para que pueda ser considerado punible. Así, Mendoza Calderón afirma “las conductas tienen que estar interconectadas intencionadamente dentro del contexto “acecho” a la víctima, y el dolo del autor tiene que abarcar tanto la realización de las conductas como la producción del resultado de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima acosada”<sup>56</sup>. Esto implicaría que no caben dentro del tipo las actuaciones realizadas de manera imprudente, se exige una intencionalidad determinada.

### 3.4 Iter Críminis

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, exige para que se colme el tipo que el sujeto activo haya realizado los actos de “forma insistente y reiterada”, “sin estar legítimamente autorizado” y que “altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”. Por lo tanto, se entiende, que la consumación del hecho delictivo sólo se producirá cuando se reúnan tales requisitos.

Las modalidades para cometer estos hechos serían las recogidas en los subapartados 1 al 4 del apartado primero del artículo 172 ter. Sin embargo, estas conductas realizadas de manera aislada no podrán ser consideradas como constitutivas de la acción penal, y por lo tanto no quedaría consumado el delito sino se cumplen los requisitos anteriormente mencionados.

Entonces, cabe preguntarse, si sería posible la realización del delito de *stalking* en fase de tentativa. Se trataría, según lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal español, de la situación en que el *stalker* ejecuta todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no llega a producirse por causas ajenas a su voluntad. Esta sanción tiene su fundamento en que el *stalker* exterioriza mediante sus actos la voluntad de infringir la norma.

La tentativa en el ámbito del delito *stalking* es una cuestión que ha suscitado polémica.

Imaginemos la situación en que la víctima denuncia por sentirse acosada, pero que ésta no ha realizado alteraciones graves en su vida cotidiana. En este supuesto concreto, el sujeto activo ha realizado los actos constitutivos de acoso, pero sin embargo no ha llegado a

---

<sup>56</sup> MENDOZA CALDERÓN, S, op. cit., página 136.

perfeccionarse el delito, por lo que cabría pensarse que estamos ante un supuesto de tentativa del hecho delictivo<sup>57</sup>.

No obstante, en el caso de que el *stalker* haya ejecutado las conductas del hecho delictivo, pero se arrepiente y desiste de esa actitud o bien evita que se origine esa situación de acoso no parece posible aplicar la tentativa del tipo. Más bien la solución viable a este caso sería, que quedara impune por el delito de hostigamiento pero castigarle por los hechos realizados hasta ese momento y que fuesen objeto de punición todo ello según lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal español, que establece la responsabilidad por los hechos que haya cometido en el inicio de la ejecución, si son constitutivos de otros delitos<sup>58</sup>.

También recordar, que en las modalidades de conducta se suscitaron críticas entorno a la segunda modalidad ya que equipara la tentativa (intente establecer) con la consumación (establezca) sin una explicación coherente de la misma. Y entorno a la tercera modalidad que tipifica el hecho de que un tercero se ponga en contacto con la víctima, aunque éste no llevase a cabo la conducta, que en mi opinión, esta situación sería más acorde con un acto preparatorio.

Por ello la opinión generalizada es la de que hay un adelantamiento de las barreras de protección y no se puede tratar igual lo que es diferente, es decir, no se puede establecer la misma relevancia penal a conductas que no tienen el mismo injusto.

Por último decir, que al ser el delito de *stalking* un delito privado, sólo es perseguible mediante la denuncia de la persona agraviada o sus representantes (exceptuando cuando va dirigido contra los sujetos recogidos en el artículo 173.2), es por ello, que si los actos constitutivos de delito aún no han lesionado el bien jurídico protegido, será difícil su persecución. Por eso es muy poco probable encontrarse con sentencias condenatorias de un delito de *stalking* en grado de tentativa.

---

<sup>57</sup> PÉREZ DEL VALLE, C, *Lecciones de Derecho Penal*, 1ª Edición, Dykinson, Madrid, 2018, páginas 262 y ss.

<sup>58</sup> PÉREZ DEL VALLE, C, *op. cit.*, página 267.

### **3.5 Autoría y participación: especial referencia a los supuestos de violencia de género**

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, es un delito común y por lo tanto cualquier persona podría ser autor del mismo sin precisar la concurrencia de cualidades específicas.

Lo más usual es que el autor sea una persona que por sí misma realiza las modalidades de conducta previstas en el apartado primero del 172 ter y con las notas comunes requeridas. Sin embargo, esto no es óbice para que participen más personas en la comisión del hecho delictivo, siendo relevante la determinación de la responsabilidad penal para cada una de ellas.

Por todo ello, nos podemos encontrar a la hora de analizar el hecho delictivo, que éste ha sido realizado por una sola persona, autoría, por varias personas que llevan a cabo de manera conjunta la acción delictiva, coautoría, o bien por varias personas que actúan con uno o varios cómplices, partícipes.

En el delito de *stalking* entorno a la autoría y participación resulta especialmente relevante las modalidades de conducta segunda y tercera del apartado primero del artículo en las cuales se alude a la participación de terceras personas en la realización de los hechos delictivos. Concretamente en su modalidad segunda tal y como aparece redactada habría que considerar las circunstancias concretas de cada caso ya que, si el tercero contacta en una sola ocasión con la víctima sin tener conocimiento de cual eran las intenciones del sujeto activo, estaremos ante una situación en que la actuación del tercero se considerará atípica a todos los efectos. Pero si por el contrario es consciente de que lo que pretende el sujeto activo es realizar esa conducta acosadora y este tercero participa en ello, estaríamos ante una situación de coautoría. Y respecto de la modalidad tercera de conducta, ésta plantea problemas en relación a la autoría y participación ya que el artículo establece como requisito la insistencia y reiteración, componente que no se aprecia en esta modalidad concreta ya que el usar indebidamente los datos de la víctima puede ser realizado una sola vez. Por ello se atiende a que si las terceras personas que contactan con la víctima desconocen que esos datos son indebidos, se considerará como autor al sujeto activo ya que es el que ha utilizado indebidamente los datos del sujeto pasivo. Pero si por el contrario la víctima comunica al tercero que se están usando datos suyos indebidamente y a

pesar de ello persiste en su conducta de manera insistente y reiterada, ese tercero será autor del delito de *stalking*.

En el ámbito de la violencia de género las cuestiones relativas a la autoría habría que estar al caso concreto. Debido a que el artículo 172 ter se remite al catálogo de sujetos enumerados en el 173.2, el cual únicamente recoge los sujetos entre los que existe una relación de parentesco. Por tanto tal y como se encuentra redactado podría ser autor del delito de *stalking* tanto el hombre como la mujer. Para vincularlo directamente con la violencia de género se debería seguir lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en el Preámbulo del Convenio de Estambul donde se identifica al autor con el hombre y al sujeto pasivo con la mujer que sea o haya sido su pareja o esposa, exigiendo, para su aplicación, que el delito se haya cometido como manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y poder de aquél frente a ésta.

### **3.6 Cláusula concursal**

#### *3.6.1 Críticas de la doctrina a la inclusión del apartado tercero del artículo 172 ter*

En el apartado tercero del artículo 172 ter encontramos su cláusula concursal la cual establece que “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”.

Esta cláusula lo que nos muestra es que si se dan las modalidades de conducta reguladas en el apartado primero del artículo 172 ter con sus tres notas comunes, además de ser constitutivas del delito de *stalking*, podrán ser constitutivas de otros delitos que en el caso concreto proceda. Baste de ejemplo el caso de conductas de vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física, podrán ser constitutivas de quebrantamiento, para el caso de que existiera una resolución judicial en tal sentido, o incluso en atención al caso concreto podría tratarse de coacciones o amenazas no verbales.

En esta situación se suscita la cuestión de si los actos realizados por el sujeto activo se podrían penar doblemente, ya que en atención a como aparece regulado el delito de *stalking*, sus conductas pueden al mismo tiempo conformar otro delito de distinta naturaleza. Circunstancia que deberá rechazarse ya que hay que tener en cuenta uno de los principios más relevantes en el derecho penal como sería el principio *non bis in idem*.

La decisión del legislador de incluir dicha cláusula no ha estado exenta de críticas. Así, autores como Villacampa Estiarte abogan por la sustitución por una cláusula concursal subsidiaria que dispusiese “salvo que los hechos constituyeren un delito más grave”<sup>59</sup>. Entendiendo que el delito establecido en el artículo 172 ter puede entrar en concurso con los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso, pero quedará excluida tal posibilidad cuando los actos constitutivos del mismo vulnerasen la libertad o la integridad moral, ya que de lo contrario podría incumplirse el principio anteriormente mencionado.

Asimismo Matallín Evangelio considera que la cláusula concursal del artículo 172 ter presenta problemas de legitimidad, especialmente cuando se plantea como bien jurídico la libertad. La autora ejemplifica esta situación cuando realizando alguna de las modalidades constitutivas de este tipo delictivo, se efectúe también bajo amenazas o coacciones. Se entiende, de acuerdo a lo establecido en el artículo 172 ter, que habría que sancionar individualmente por las amenazas o coacciones correspondientes y por otro lado los hechos constitutivos del delito de *stalking*, pese a afectar a un mismo bien jurídico protegido, situación que no podría aceptarse ya que vulneraríamos el principio *non bis in idem*<sup>60</sup>.

Es por ello, que la regulación del este apartado tercero no ofrece una visión nítida sobre los delitos que se encuentran en el marco concursal. Sin embargo, uno de los ámbitos donde puede ser relevante esta cláusula concursal es en el de la violencia de género en relación con el delito de quebrantamiento, que paso a exponer en el siguiente apartado.

### *3.6.2 Cláusula concursal en relación a la violencia de género. Especial referencia al delito de quebrantamiento del artículo 468.2 del Código Penal*

Cuando se da el delito de *stalking*, en relación a supuestos de violencia de género, éste último debería ser de preferente aplicación. Los autores que defienden esta postura se basan en que los actos constitutivos de violencia de género revisten de una mayor gravedad y por lo tanto requieren una mayor protección. No obstante, la postura doctrinal no es clara ni unánime. Así Jiménez Segado entiende que “en estos casos, doctrina y jurisprudencia se debaten entre el concurso de normas y el concurso de delitos. Si se aplica

---

<sup>59</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C, “Delito de acecho-stalking: artículo 172 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J (Coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, páginas 610-611.

<sup>60</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A, op. cit., página 635.

un concurso de normas por entender que estamos ante un supuesto de progresión delictiva en el que existe «unidad natural de acción», la conducta menos grave quedaría absorbida en la más grave, conforme a la regla tercera del art. 8 del Código. Si se considera que se trata de un concurso de delitos, se debe castigar cada una de las infracciones por separado<sup>61</sup>. Para los casos en los que se realizan las conductas acosadoras sobre alguna de las personas recogidas en el artículo 173.2, entre las que se encuentran quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, y que a la vez dichas conductas formen un delito en sí mismas, se resolverán absorbiendo dichas en el artículo 172 ter siempre que dichas conductas vulneren alguno de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 172 ter. Si se lesionase otros bienes jurídicos diferentes a los protegidos, se tiene que valorar como delito eventualmente permanente<sup>62</sup>.

Otro problema concursal se daría en el supuesto de que el autor de los hechos constitutivos de *stalking* tenga impuesta una orden, prohibición de comunicación o una medida de alejamiento respecto a la víctima de la conducta delictiva. Estaríamos ante un problema concursal entre el delito de *stalking* del 172 ter y el delito de quebrantamiento del 468.2 del Código Penal. En atención al principio *non bis in idem*, no podemos penalizar la conducta del autor que persigue a una persona sobre la que recae una orden de alejamiento, y al mismo tiempo por el delito de quebrantamiento. La solución sería la aplicación de un concurso ideal ya que existe una unidad de acción que cumple con los requisitos formales de los dos tipos delictivos. Ahora bien, este concurso debería realizarse entre el artículo 172 ter 2 que es el que prevé la modalidad agravada en relación a que la víctima sea susceptible de sufrir violencia de género, y el artículo 468.1 que es el que regula el tipo básico del quebrantamiento de condena o el incumplimiento de medidas cautelares.

Sin embargo, este concurso ideal de delitos entre el *stalking* y el quebrantamiento trajo críticas por parte de algunos autores. Consideraban que la mejor solución era introducir una agravante para el caso de que alguna de las modalidades de conducta del artículo 172 ter se hubiera realizado vulnerando una orden judicial. En este sentido Pujols Pérez entiende que al no preverse el quebrantamiento en el delito de *stalking*, puede ocurrir que el delito de *stalking* quede ocultado bajo el de quebrantamiento, de tal modo que el autor de

---

<sup>61</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C, “Los delitos de género”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Sección Estudios, número 112, 2015, página 2.

<sup>62</sup> TAPIA BALLESTEROS, P, op. cit., página 194.

los hechos se le condene por el delito de quebrantamiento del artículo 468 del Código Penal y no por el de *stalking*<sup>63</sup>.

### **3.7 Penalidad**

#### *3.7.1 Tipo básico*

Respecto del tipo básico de delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, sólo decir que tiene prevista una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.

#### *3.7.2 Tipos cualificados*

El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se encuentra integrado por dos modalidades agravadas una de ellas en atención a que el delito se cometa contra personas especialmente vulnerables y la otra referida a si el delito se comete contra alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal, será en esta segunda modalidad dónde a mi parecer el delito presente la mayor relación con la violencia de género y dónde encuentra su máxima justificación. La incorporación de dichas agravantes es fruto de la conciencia legal y social alcanzada en el Convenio de Estambul realizado el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 27 de mayo de 2014.

Hay que destacar que en el Anteproyecto de reforma del Código Penal sólo recogía como circunstancia agravante que la víctima fuera alguna de las personas recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal. Esto conllevó críticas por parte de la doctrina que se tradujeron en la incorporación de otra nueva circunstancia agravante, que a mi modo de entender fue correcta, ya que por un lado distinguiremos los ataques realizados contra la mujer de los producidos contra las personas especialmente vulnerables.

##### *3.7.2.1 Modalidad agravada en relación a la vulnerabilidad de la víctima*

Centrándonos en cada una de estas modalidades el artículo 172 ter en su apartado primero prevé una modalidad agravada cuando “se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”. Se debe hacer referencia a que por persona especialmente vulnerable se entiende aquellas que se encuentran en una situación de

---

<sup>63</sup> PUJOLS PÉREZ, S, “Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de *stalking*: problemática suscitada”, en *Revista General de Derecho Penal*, número 23, 2015, página 19.

desvalimiento, es decir, aquellas que son susceptibles de ser víctimas de manera reiterada e insistente por parte del sujeto activo. Esa vulneración está relacionada con la edad, enfermedad o situación.

Respecto de la edad el legislador no ha establecido una edad concreta, no obstante al no decir nada podemos interpretar que alude a personas mayores y se establece como edad la de jubilación<sup>64</sup>, a partir de ahí hay que atender a la situación de la víctima para ver si se encuentra realmente desvalida o no.

En lo referido a la enfermedad<sup>65</sup> sólo protege aquellas que ponen a la víctima en una situación de vulnerabilidad, entendidas por tales las enfermedades crónicas y terminales así como las adicciones. Esto nos muestra que la intención del legislador era concretar el supuesto y que no tuvieran cabida todo tipo de enfermedades, es decir, que no existiera una amplitud en el caso sino que únicamente se protegerán a las personas que sufran enfermedades que las pongan en tal situación.

Por último, respecto de la situación<sup>66</sup>, será utilizada como un cajón de sastre para todas aquellas conductas que no puedan incluirse en la edad o enfermedad.

La pena a imponer en este primer tipo cualificado será, una pena de prisión de seis meses a dos años.

Conforme a lo expresado en esta modalidad puedo concluir que la especial vulnerabilidad conllevará necesariamente un estudio independiente sobre las particularidades del sujeto pasivo. Por ello creo acertada la inclusión de dicha agravante que, no se preveía en un principio, ya que con su regulación se protegerá más los derechos de estas personas que necesitan una mayor asistencia por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>64</sup> JAVATO MARTÍN, M, “Maltrato y abandono de personas mayores”, en DE HOYO SANCHO, M (Directora), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, página 105, aunque establece que debido al aumento de la esperanza de vida, actualmente se viene a considerar los 70 o 75 años.

<sup>65</sup> TAPIA BALLESTEROS, P, op. cit., página 200.

<sup>66</sup> TAPIA BALLESTEROS, P, op. cit., página 201.

### *3.7.2.2 Modalidad agravada en atención a la relación de parentesco entre autor y víctima. Especial relación con la violencia de género*

La segunda modalidad agravada se encuentra recogida en el artículo 172 ter del Código Penal en su apartado segundo donde establece “Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173”. El artículo 173.2 recoge los supuestos de violencia habitual cuando entre agresor y víctima existiese una determinada relación. Esas relaciones deben ser algunas de las siguientes: “que sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sean las víctimas descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente del agresor, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente”.

A la hora de analizar dicha circunstancia agravante, nos centraremos en el marco de la violencia de género, concretamente en la relación entre agresor y víctima que haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. En este sentido hay que tener en cuenta que el Convenio de Estambul desarrolla el concepto de violencia contra la mujer, considerándola “como una manifestación del desequilibrio histórico entre el hombre y la mujer, un fenómeno estructural basado en el género y un mecanismo social por el que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”<sup>67</sup>.

Conviene analizar detenidamente esta modalidad agravada a la vista de entender si se prevé la comisión del delito por razones de violencia género o si es necesario un tratamiento penológico diferenciado aplicando la agravante genérica por razones de género.

Este apartado segundo del artículo 172 ter a la vista de su redacción, no prevé de manera expresa una agravante por razón de violencia género sino que lo que hace es aumentar la pena cuando la conducta vaya en contra de alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2, es decir, de personas que están vinculadas al autor por alguna relación de parentesco. Para que esta modalidad se vinculara de manera directa con la violencia de género en el artículo tendría que identificar de manera clara, tal y como señalamos en el apartado referido a la autoría y participación a la víctima como mujer y el agresor debería

---

<sup>67</sup> Véase el Preámbulo de dicho Convenio.

ser un hombre, ya que para catalogar los actos violentos realizados por una persona como violencia de género lo relevante sería la pertenencia del agresor al grupo dominante y demuestre esa superioridad frente a la víctima. En cambio en esta modalidad agravada al hacer referencia entre quienes existe una relación sentimental o ha existido se vería en una doble dirección ya que no se indica nada al respecto de los sujetos que deben realizarla, pudiendo ser sujetos activos y pasivos del delito tanto el hombre como la mujer<sup>68</sup>.

Por tanto al observar que lo que recoge el apartado segundo del artículo 172 ter es una agravante por razón de la relación sentimental existente o pasada entre el autor de los hechos y la víctima y no ha sido tomada en cuenta la circunstancia de género<sup>69</sup>, podríamos incluir dicha circunstancia de género a través de la incorporación de la agravante genérica del artículo 22.4 del Código Penal aplicándosela al artículo 172 ter en su apartado segundo, por existir, siendo violencia de género, una relación sentimental presente o pasada entre el autor de los hechos y la mujer víctima de los mismos. Esta incorporación de la agravante genérica al subtipo agravado se puede incorporar en base a que no se prevé expresamente en la modalidad agravada, ya que de lo contrario, si lo incluyésemos estando ya prevista, se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*. Además con la inclusión de ésta agravante genérica se estaría dando cumplimiento al Convenio de Estambul ya que la protección especial a la mujer se entiende producida no sólo mediante el establecimiento de subtipos agravados sino también con la inclusión de agravantes genéricas<sup>70</sup>. Se podrá aplicar dicha agravante genérica siempre que se demuestre que los actos se realizaron como una plasmación de la situación de desigualdad y discriminación del hombre hacia la mujer que fuera o hubiera sido mujer o pareja sentimental del autor de tales actos.

Por todo ello, el *stalking* no puede ser considerado como un “delito de género” como tal. Sin embargo, la relevancia del acoso en materia de lucha contra la violencia machista quedaba ya patente en los primeros estadios de la reforma. En la nota de prensa del

---

<sup>68</sup> ROIG TORRES, M, “El delito de acoso (art. 172 ter) como modalidad de violencia de género: Comparativa con el “Nachstellung” del derecho alemán”, en *Estudios penales y criminológicos*, número 38, 2018, página 346.

<sup>69</sup> Se llega a esta conclusión ya que no existe un tratamiento penal diferenciado entre las víctimas de violencia de género y el resto de sujetos que aparecen recogidos en el artículo 173.2. Además las consecuencias penales entre que la víctima del delito de *stalking* sea o haya sido su esposa o pareja del agresor y el resto de casos del artículo 173.2 tampoco son diferentes.

<sup>70</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E, *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul*, página 2.

Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012 se indicaba que la inclusión de este nuevo delito se explicaba por su relevancia en materia de violencia contra la mujer<sup>71</sup>. De esta manera, y a falta de datos oficiales sobre el número de delitos de *stalking* tramitados en España desde la entrada en vigor de esta figura delictiva a partir del 1 de julio de 2015, podemos extraer la conclusión de que la violencia de género guarda una estrecha relación con el delito de *stalking*<sup>72</sup>.

La pena a imponer en este segundo tipo cualificado será, una pena de prisión de uno a dos años o alternativamente, de sesenta a ciento veinte días de trabajos en beneficio de la comunidad, pero en este caso y a diferencia del anterior tipo cualificado ni para los hechos ocurridos en el ámbito de la violencia de género ni para el resto de víctimas enumeradas en el artículo 173.2 se requiere denuncia previa. Aunque es cierto que sobre todo en el ámbito de violencia de género se reclama aumentar el límite inferior de la pena o que se prevean medidas asegurativas como órdenes de alejamiento o protección<sup>73</sup>, para que así la víctima pueda sentirse más tranquila, dichas medidas se podrán aplicar como así lo establece Cámara Arroyo en virtud de las normas generales del derecho como es el Código Penal en su artículo 48 en relación con el artículo 57 o cualquier otra prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>74</sup>.

En mi opinión considero totalmente acertada la decisión adoptada por el legislador de regular dicha circunstancia agravante en nuestro ordenamiento jurídico ya que aquí se estaba pensando sobre todo en la protección de la mujer, aunque como hemos visto no se puede considerar que la agravante en sí mismo ofrezca una tutela penal reforzada por violencia de género. En estos casos la mujer simplemente por poseer tal condición se convierte en sujeto pasivo en manos de quien es o ha sido su pareja, que quiere demostrar su poder sobre ella. No obstante, tal y como afirma Acale Sánchez “deberemos ponerlo en relación con las características propias del delito cometido y las condiciones del autor, para

---

<sup>71</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C, “Delito de acecho...” op. cit., página 380.

<sup>72</sup> MAUGERI, A.M, op. cit., páginas 4-5. Expone que el *stalking*, como manifestación de discriminación, afecta más a las mujeres por el hecho de serlo, apuntando que en Europa los hombres *stalkers* representan más de un 85,5%.

<sup>73</sup> Esta cuestión será relevante en relación con la violencia de género cuando se produzca el quebrantamiento de dicha orden por parte del sujeto activo y trate de persistir en su voluntad de tener contacto con la víctima.

<sup>74</sup> CÁMARA ARROYO, S, op. cit., página 16.

concluir si, en el supuesto concreto podemos determinar que la víctima ostentaba una condición de especial vulnerabilidad en el momento en que fue sometida a la comisión del hecho delictivo”<sup>75</sup>. Esta conducta debía reprimirse y es acertado establecer un plus de antijuridicidad a los actos realizados por parte del sujeto activo. Además con su inclusión se cumple con uno de los objetivos establecidos en el Convenio de Estambul que es aplicar como circunstancia agravante cuando “el delito se haya cometido contra el cónyuge o pareja de hecho actual o antigua, de conformidad víctima o una persona que haya abusado de su autoridad”<sup>76</sup>.

Por último mencionar que aunque el delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, prevé estas dos modalidades agravadas se pedía la inclusión de otras circunstancias agravantes con el objetivo de abarcar el mayor número de supuestos posibles para proteger a las víctimas tales como el uso de armas o realizar el delito en presencia de menores edad, que finalmente no se incluyeron en el precepto.

---

<sup>75</sup> ACALE SÁNCHEZ, M, *Análisis del Código Penal en materia de violencia de de género contra mujeres desde una perspectiva transversal*, Redur 7, 2009, páginas 37 a 73.

<sup>76</sup> CÁMARA ARROYO, S, op. cit., página 16.

## 4. CONCLUSIONES

Del estudio anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El acoso no es una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico. Antes de la entrada de la LO 1/2015 de 30 de marzo, ya se prevenían otras formas de acoso como eran el acoso sexual, el acoso laboral o *mobbing*, el acoso inmobiliario o *blockbusting* o el ciberacoso sexual a menores u *online childgrooming*.
2. El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se incorporó al ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 22 de junio. Anteriormente dichas conductas eran resueltas por los Tribunales como delitos de coacciones o amenazas. Su inclusión obedece a la propuesta de criminalización que realiza el Convenio del Consejo de Europa para la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011. El Convenio de Estambul tratará de sancionar las conductas amenazadoras contra otra persona que sean realizadas en varias ocasiones y le hagan temer por su seguridad. Este delito ya tenía sus primeros vestigios en la opinión mostrada por el Ministerio de Justicia al Anteproyecto de Reforma del Código Penal donde observaban una relación con la violencia de género considerando especialmente relevante los actos reiterados de acecho u hostigamiento hacia la mujer víctima tras haber finalizado una relación sentimental y no haber aceptado por parte del hombre el cese de la misma. Es por ello, que el acoso se concibe como una modalidad de violencia de género, y con su tipificación se tratará de dar respuesta a los comportamientos amenazadores realizados por el hombre hacia la que ha sido su pareja o ex pareja.
3. El bien jurídico protegido desde una perspectiva de la violencia de género es la libertad obrar, entendiéndola como la posibilidad de que la víctima pueda decidir libremente, generando en ésta un clima de temor o intranquilidad fruto del acechamiento por parte del sujeto activo que lleva a la víctima a cambiar su hábitos con el objetivo de no tener esa sensación de angustia ante la posibilidad de lo que podía llegar a derivar la realización de tales conductas. Junto a ésta, también se pueden proteger otros bienes jurídicos como sería la seguridad de la víctima.
4. En lo referido a la tipicidad, el delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, se articula en torno a unas modalidades de conducta, *numerus clausus*, las cuales comparten tres notas comunes que deben darse obligatoriamente para que se pueda

hablar de este tipo de delito. En los casos de violencia de género resultan especialmente relevantes modalidades de conducta como vigilar o perseguir a la que es o ha sido tu pareja o ex pareja, hostigarla a través de Internet (destacando el acoso a través de perfiles anónimos utilizados en las redes sociales), envío de fotos, mensajes en el contestador de voz o difundir datos personales de la víctima con el fin de que terceras personas se pongan en contacto con ella. Todas estas conductas se realizan por el hombre hacia la que ha sido su pareja con el objetivo de infringirle un clima de temor o intranquilidad fruto de la no aceptación del cese de la relación. Estas modalidades deben de realizarse de “forma insistente y reiterada”, es decir, la realización de un acto aislado no sería suficiente para considerarlo constitutivo de la acción penal. Sin embargo, tampoco se expresa cuantos actos se deberían de producir para entender como producido el hecho delictivo. Se tienen que llevar a cabo “sin estar legítimamente autorizado” lo que nos muestra que hay conductas que no tendrían cabida en el tipo al estar justificadas y la conducta “altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana” que lo que hace es describir el resultado típico.

5. El delito de acoso de acecho o predatorio, *stalking*, tiene que ser doloso para que se pueda considerar punible. Esto implica que no caben en el tipo las actuaciones realizadas de manera imprudente, se exige una intencionalidad determinada.
6. Respecto del íter críminis, la consumación del hecho delictivo requiere que se den algunas de las cuatro modalidades previstas en el artículo junto con los requisitos necesarios para su consumación. En cuanto a la tentativa es una cuestión que ha suscitado polémicas ya que sí que se tipifica en algunos casos concretos, sin encontrarse de manera unánime una argumentación coherente al respecto. Es por ello, que la opinión generalizada es que con la tipificación de la tentativa en el caso del *stalking* lo que se produce es un adelantamiento de las barreras de protección y se afirma que no se puede establecer la misma relevancia penal a conductas que no tienen el mismo injusto. Además al ser el *stalking* un delito privado, es muy difícil perseguirlo si los actos constitutivos del delito no han lesionado el bien jurídico. Es por ello que es poco probable encontrar sentencias condenatorias de este tipo delictivo en fase de tentativa.
7. En cuanto a la autoría y participación, el delito de *stalking* es un delito común por lo cual podría ser autor del mismo cualquier persona. Es por ello, que nos podemos encontrar a la hora de analizar los hechos delictivos, que la conducta ha sido

realizada por una sola persona, autoría, por varias personas que llevan a cabo de manera conjunta la acción delictiva, coautoría, o bien por varias personas que actúan con uno o varios cómplices, partícipes. Ahora bien, en el ámbito de la violencia de género, en lo relativo a la autoría habría que prestar atención al caso concreto ya que según aparece regulado podría ser sujeto del delito tanto el hombre como la mujer. Para que se relacionase con la violencia de género tendría que identificar en conformidad con la Ley Orgánica 1/2004 y con el Convenio de Estambul al agresor con el hombre y la víctima con la mujer, exigiendo para su aplicación, que el delito se haya cometido como manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y poder de aquél frente a ésta.

8. El delito de *stalking*, recoge en su apartado tercero una cláusula concursal que nos enseña que si se dan las modalidades de conducta establecidas en el apartado primero del artículo junto con los tres elementos comunes, además de formar este tipo delictivo, podrían constituir otras clase de delitos que en su caso proceda. Para resolver estas cuestiones tendríamos que acudir a los concursos ideal, medial o real que pueden tener cabida en este delito concreto. No obstante, esta cláusula concursal no estuvo exenta de críticas las principales relacionadas con su legitimidad y si con su inclusión suponía la vulneración del principio *non bis in idem*. Sin embargo, dentro del ámbito de la violencia de género esta cláusula concursal puede resultar útil. Si se da el delito de *stalking* con otros actos de violencia de género debería de prevalecerse este último ya que los hechos revisten de una mayor gravedad. Pese a ello, la posición doctrinal no es unánime al respecto. Y para el caso de producirse el *stalking* vulnerando, en los supuestos de violencia de género, una orden, prohibición de comunicación o una medida de alejamiento respecto a la víctima, se resolvería mediante un concurso ideal entre el artículo 172 ter y el 468.1 al haber una unidad de acción.
9. Por último en referencia a la penalidad, cabe decir, que junto al tipo básico se recogen dos modalidades agravadas una referida a que los hechos se cometan contra personas especialmente vulnerables y la otra contra alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal español, que es aquí dónde mayor influencia presenta la violencia de género en el delito.

Hay que señalar que no se puede afirmar que el *stalking* esté ligado directamente a la violencia de género, sino que los ataques a la mujer se protegerán en atención a esta segunda circunstancia agravante, ya que se encuentra recogidas dentro de las

personas que enumera el artículo 173.2. Este artículo 172 ter. 2 está redactado en atención a las relaciones de parentesco y no de género, es por ello que dichas circunstancia de género podría incluirse mediante la agravante genérica prevista en el artículo 22.4 del Código Penal español.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y REVISTAS

- ACALE SÁNCHEZ, M, *Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra mujeres desde una perspectiva transversal*, Redur 7, 2009.
- ALONSO ESCAMILLA, A, “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, en *Revista derecho penal, procesal y penitenciario*, número 105, 2013.
- BAUCCELLS LLADÓS, J, “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento” en PÉREZ CEPEDA, A.I (Directora), *El proyecto de reforma del Código Penal*, Ratio Legis, 2013.
- BUSTOS RUBIO, M/ PAINO RODRÍGUEZ, FJ, *Acoso: Análisis jurídico penal*, UCM, 2017.
- CÁMARA ARROYO, S, “Las primeras condenas en España por *stalking*”, en *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 121, 2016.
- DE LA CUESTA ARIZMENDI, J.L/ MAYORDOMO RODRIGO, V, *Acoso y derecho penal*, Eguzkilore, número 25, 2011, página 22.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E, *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul*.
- DEL REY GUANTER, S, “Acoso sexual y relación laboral”, en *Relaciones Laborales*, número 3 y 4, 1993.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: “Los delitos de acoso en los ámbitos inmobiliario y laboral”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), AAVV, *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- JAVATO MARTÍN, M, “Maltrato y abandono de personas mayores” en DE HOYO SANCHO, M (Directora), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- JIMÉNEZ SEGADO, C, “Los delitos de género”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Sección Estudios, número 112, 2015.
- MAGRO SERVET, V, “El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal” en, *Diario La Ley*, número 7492, 2010.

- MAGRO SERVET, V, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, 2015.
- MATA LLÍN EVANGELIO, A, “Delito de acoso (art. 172 ter)” en GÓNZALEZ CUSSAC, J.L (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, 2015.
- MAUGERI, AM<sup>a</sup>, “El “*stalking*” en el derecho comparado”, en *Revista Penal*, número 38, 2016.
- MENDOZA CALDERÓN, S/MARTÍNEZ GONZALEZ, M, “El acoso en el derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso”, en *Revista Penal*, número 18, 2006.
- MENDOZA CALDERÓN, S, “El delito de *stalking*: análisis del artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las Reformas Penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal Parte Especial*, 20<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PANIZO GALENCE, V, “El ciber-acoso con intención sexual y el *child-grooming*”, en *Revista de criminología y ciencias forenses*, número 15, 2011.
- PÉREZ DEL VALLE, C, *Lecciones de Derecho Penal*, 1<sup>a</sup> Edición, Dykinson, Madrid, 2018.
- PÉREZ MACHÍO, ANA I, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en GÓMEZ TOMILLO, M, *Comentarios al Código Penal*, 2<sup>a</sup> Edición, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- PIÑUEL Y ZABALA, I, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Térrea, Santander, 2001.
- PUJOLS PÉREZ, S, “Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de *stalking*: problemática suscitada”, en *Revista General de Derecho Penal*, número 23, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho Penal español. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- RAGUÉS I VALLÉS, R, “Delitos contra la libertad” en SÁNCHEZ SILVA, J.M, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atalier, Barcelona, 2015.

- ROIG TORRES, M, “El delito de acoso (art. 172 ter) como modalidad de violencia de género: Comparativa con el “Nachstellung” del derecho alemán”, en *Estudios penales y criminológicos*, número 38, 2018
- TAPIA BALLESTEROS, P, *El nuevo delito de acoso o stalking*, WoltersKluwer, Barcelona, 2016.
- VILLACAMAPA ESTIARTE, C, *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C, “El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 109, I, Época II, mayo 2013.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C, “Delito de acecho-stalking: artículo 172 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J (Coordinador), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

## RECURSOS ELECTRÓNICOS

- <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>.
- <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>
- <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>
- <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>
- [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicación/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicación/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto)
- <http://dle.rae.es/?id=VnNxeTF>.
- <http://dle.rae.es/?id=L1HNGby>.

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº6, 203/2001, de 3 de mayo (JUR 2001\196778).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección nº3, 31/2007, de 20 de marzo (JUR 2007\248545).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº27, 738/2015, de de 10 de diciembre (JUR 2016\16280).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección nº5, 87/2016, de 4 marzo (JUR 2016/92407).

- Sentencia del Juzgado de Instrucción Tudela, nº3, 260/2016, de 23 de marzo (JUR 2016\215).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección nº6, 14/2017, de 14 de marzo (JUR 2017\96006).
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección nº3, 774/2017, de 21 de septiembre (JUR 2017\260311).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección nº2, 261/2017, de 13 de octubre (JUR 2017\1250).
- Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección nº3, 1101/2017, de 20 de octubre (JUR 2017\288983).