

LA RESPUESTA JURÍDICO-PENAL FRENTE AL *STALKING* EN ESPAÑA: PRESENTE Y FUTURO

Carolina Villacampa Estiarte
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universitat de Lleida

acoso – persecución repetitiva- persecución obsesiva – *stalking*
harassment – relentless pursuit - obsessional following – stalking

El presente estudio analiza las razones de la falta de previsión expresa en la reforma penal de 2010 de una incriminación específica de los supuestos de *stalking* (persecución obsesiva o repetitiva no consentida).

This study aims to analyse why the Spanish criminal reform of 2010 lacks an specific punishment for stalking (relentless or obsessional following without consent).

Recibido: 09/06/10

Publicado: 31/12/10

© 2010 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

1. El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2009 ante la incriminación del *stalking*

El *stalking*, término que podría traducirse como acecho o acoso predatorio, constituye un supuesto específico de acoso cuya incriminación comenzó a producirse a partir de los primeros noventa en Estados Unidos. A lo largo de las dos siguientes décadas, la ola criminalizadora de este fenómeno ha alcanzado a los derechos penales sustantivos de la mayor parte de países del *common law* y algunos de los países de la Europa continental con mayor influencia en el derecho penal sustantivo español, como Alemania o Italia. Sin embargo, no ha llegado todavía a España. Ni siquiera en la proyectada reforma del Código penal que se halla actualmente en tramitación parlamentaria, y que parece haber sido más sensible a la incriminación de algunos supuestos de hostigamiento, como el *mobbing*, el *bullying* o el *blockbusting*, e incluso el *child grooming*, se atisba tentativa alguna de incriminar tales conductas.

Ciertamente, algunos fenómenos criminales que comparten con el *stalking* el hecho de constituir distintas manifestaciones del acoso han gozado de mayor atención por parte del prelegislador español. Esto ha sucedido, sin ir más lejos, con el *mobbing* laboral e incluso el inmobiliario. En puridad, a ambos fenómenos se ha venido dedicando un precepto entre los delitos contra la integridad moral en los malogrados Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código penal de 2007¹ y en el

¹ En dicho Proyecto se planteaba la inclusión de un párrafo segundo al art. 173.1 en cuya virtud “con la misma pena serán castigados los que en el marco de una relación laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima

Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de 2008². La atención del legislador a ambos fenómenos se ha visto confirmada en el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código penal actualmente en tramitación, ya en el Senado. Esto no solamente porque el prelegislador aclara que los actos hostiles o humillantes en que el *mobbing* laboral puede consistir no tienen que alcanzar la condición de trato degradante para ganar relevancia penal, a pesar de circunscribir la criminalización al *mobbing* vertical descendente, sino porque además otorga carta de naturaleza al *mobbing* inmobiliario, separando su incriminación de la propia del acoso laboral³. Así, en lo que a este segundo fenómeno afecta, el Proyecto incluye no sólo la incriminación de la conducta entre los delitos contra la integridad moral, sino como forma específica de coacción⁴, adoptando una postura semejante a la sostenida por quienes consideramos que en el *mobbing* inmobiliario la causación de sentimientos de humillación no resultaba una característica inherente a la conducta, en la que destacaba el componente de afectación a la libertad de obrar, esto es, la voluntad del sujeto activo de provocar la salida forzada del inquilino o propietario no deseado⁵.

Dicha mayor sensibilidad del prelegislador español actual por procesos con tintes de acoso se manifiesta todavía con mayor fuerza, si cabe, en el Proyecto de reforma del Código penal actualmente en tramitación cuando se incorpora en el texto del mismo, durante la tramitación del texto en el Congreso, un artículo *ad hoc* en el que incriminar el denominado “*child grooming*”. Se trata de la propuesta inclusión de un nuevo art. 183 bis CP, ubicado en un proyectado nuevo Capítulo II bis a incorporar en el título correspondiente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales – rubricado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”–. Parece que con el precepto se pretende tutelar anticipadamente la libertad sexual *in fieri* –o la indemnidad sexual– del menor de trece años, mediante la incriminación de una suerte de

sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma”.

² En términos muy semejantes, se planteada la inclusión del siguiente párrafo en el delito de trato degradante “con la misma pena serán castigados los que, en el marco de cualquier actividad laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación, y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma”.

³ En el texto del Proyecto aprobado por el Congreso en fecha 29 de abril de 2010, por 180 votos a favor (con 7 en contra y 146 abstenciones) conforme a la redacción propuesta por la Comisión de Justicia, se incluyen un segundo y tercer párrafo al art. 173.1 CP con la siguiente redacción “(2) Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. (3) 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”.

⁴ Así, el Proyecto de reforma de 2009, en la redacción aprobada por el Congreso, propone la inclusión de un tercer párrafo al art. 172 CP con la siguiente redacción “también se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

⁵ De esta opinión, MIR PUIG, “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el derecho penal”, en MIR PUIG (Dir.), *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa, Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 228; VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 51 y ss.

acto preparatorio consistente en el empleo de cualquier tecnología de la comunicación o la información con el que efectivamente se consiga contactar al menor al efecto de cometer un delito contra la libertad sexual de éste⁶, siempre que se realicen actos materiales encaminados al acercamiento.

Pese a que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del CP de 2009 justifica la inclusión de dicho nuevo delito atendida la extensión del empleo de Internet y de otras tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores, el prelegislador no ha sido capaz de reflejar en el tipo propuesto la naturaleza de dichas conductas, que implican un proceso, una suerte de cortejo telemático, mediante el que el victimario logra entrar en contacto y se gana la confianza de la víctima. Dado que se integran entre las características de dicha realidad criminal el constituir un proceso que pasa por fases tales como el previo establecimiento de confianza con el menor, la obtención de datos personales del niño y que finaliza con el acoso telemático o ciberacoso, dichas conductas no se diferencian, cuando menos en cuanto al *modus operandi*, en demasía del *cyberstalking*, esto es, del *stalking* articulado a través de tecnologías de la información y la comunicación.

Lo hasta ahora expuesto pretende únicamente poner de manifiesto cómo, pese a que en la actual política-criminal española, se observa una sensibilidad creciente por la necesidad de incriminación de específicas formas de acoso, que pueden incluso conducir a la incriminación de formas específicas de acoso telemático con víctimas menores siempre que el móvil sea sexual, no se ha evidenciado que dicha sensibilidad alcance al planteamiento de la adecuación de la incriminación del *stalking*. En este aspecto, España se muestra refractaria a lo que ha ocurrido ya en la mayor parte de países con peso específico en el mundo anglosajón y en países europeos continentales como Dinamarca, Bélgica, Holanda, Austria, Alemania o Italia.

Ciertamente las razones que explican la ausencia de regulación específica de este fenómeno en nuestro país, a diferencia de lo que está sucediendo en la mayor parte de países de nuestro entorno jurídico, se intuyen variadas. Sin embargo, debe comenzarse por indicar que el Código penal español no parte de ninguna situación de ventaja que explique dicha ausencia en punto a la posible incriminación de los delitos de *stalking*, ello aunque contemos con un delito de contornos tan poco precisos como el delito de trato degradante, pues ni en el Código penal actualmente vigente ni en el que se intuye como futuro existe ningún tipo delictivo capaz de aprehender todas las dimensiones lesivas de tales conductas. En el caso de España, probablemente la ausencia de delito específico se explique porque la doctrina penal española es más impermeable que la de otros países de nuestro entorno jurídico a los influjos político-criminales que provienen del mundo anglosajón, con lo que no se ha llegado todavía a identificar y a designar el problema. Ciertamente, a ese influjo no se sustraen algunos criminólogos españoles que

⁶ En virtud del precepto cuya inclusión se propone “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

han denunciado justamente ese vacío punitivo⁷; sin embargo, el tradicional divorcio entre penalistas y criminólogos también explica que ese discurso no haya calado en el discurso jurídico.

Otro posible motivo que explica dicha ausencia quizá deba buscarse en que las energías expansionistas de la penalidad en lo que a la tutela de bienes jurídicos individuales se refiere en nuestro país se han centrado en los últimos años en la violencia doméstica y de género. Esto es, los afanes criminalizadores deducidos del sentimiento subjetivo de inseguridad en una sociedad de sujetos pasivos como la posmoderna se han volcado en nuestro país en la protección de determinados sujetos, las mujeres, más que en la protección frente a determinado tipo de ataque. Y cuando de la cruzada con la violencia de género se trata, en España ésta se ha emprendido únicamente contra las manifestaciones de la misma que se producen en el marco de la pareja o ex pareja, no en un contexto entre sujetos conocidos o incluso extraños, como muchos supuestos de *stalking* e incluso de delitos sexuales que pueden también tener un componente de género. Que las manifestaciones intrafamiliares de la violencia de género hayan constituido el epicentro de la tendencia expansionista jurídico-penal en la represión de las formas de violencia explica que contemos con la LO 1/2004, pero también que se haya relegado la tipificación de otras formas de violencia e incluso de manifestaciones de la violencia de género producidas extramuros del ámbito familiar. En este campo, ni siquiera el arduo debate jurisprudencial producido en relación al alcance del delito de quebrantamiento de condena cuando se incumplen prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima, que hubiera podido permitir que aflorara el debate sobre el *stalking*, ha provocado tal efecto. Ello porque el debate en esta cuestión se hallaba desenfocado para producir ese efecto, porque más que atender a los efectos que tales conductas generan en las víctimas, se ha tratado de saber qué efectos enervadores de la responsabilidad criminal puede tener el consentimiento de la víctima cuando nos hallamos frente a un delito que implica que se cuestione el principio de autoridad.

La ausencia de introducción en España del debate acerca de la inclusión del delito de *stalking* lo demuestra no solo la práctica falta de debate científico, sino también la ausencia de estudios empíricos sobre el particular. Existen estudios sobre la prevalencia de otras formas de acoso, como el *mobbing* o el *bullying*⁸, o de la violencia doméstica (encuestas telefónicas realizadas por el Ministerio de trabajo y asuntos sociales, en 1996, 2002 y 2006, a más de 30.000 mujeres) pero no sobre acoso o acoso predatorio. Tal situación contrasta con la propia de otros países, como Estados Unidos, Gran Bretaña o Australia, en que el fenómeno ha sido analizado en estudios empíricos de amplio espectro, e incluso en países como Italia o Alemania, que sin haber efectuado estudios tan ambiciosos sí han comenzado a analizar la problemática directamente sobre

⁷ En dicho sentido, GARRIDO GENOVÉS, *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*, Ed. Algar, Barcelona 2001, p. 271, en que el autor nos recuerda que en España el acoso no es delito.

⁸ Barómetros Cisneros para medir el *mobbing* y el *bullying*. Cfr. PIÑUEL Y ZABALA, "Mobbing o acoso psicológico en el trabajo", en MIR PUIG (Dir.), *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, op. cit., pp. 17 y ss, en relación con el acoso moral en el trabajo, y OÑATE CANTERO, "Acoso y violencia escolar. Precisión terminológica e implicaciones jurídicas", en MIR PUIG (Dir.), o.u.c., pp. 89 y ss en referencia al acoso moral en la escuela.

el terreno⁹. Algunos de dichos estudios arrojan prevalencias en el año anterior a la realización de la encuesta de padecimiento de *stalking* entre la población de en torno al 3,4% en Estados Unidos, mostrando una tendencia alcista en el padecimiento de este tipo de conductas¹⁰, del 4% de las mujeres y del 1,7% hombres en el caso de Inglaterra y Gales, mostrando asimismo una tendencia alcista¹¹, o una prevalencia vital de en torno al 15% en de las mujeres y del 2.4% de los hombres en Australia¹².

La ausencia de regulación jurídico-penal específica para dichas conductas no se explica, sin embargo, por la ausencia de supuestos de *stalking*. Ciertamente que la ausencia de estudios con muestras amplias nos impide valorar la efectiva incidencia de tales conductas por el momento. Sin embargo, sin ir más lejos, hace escasos días la prensa daba cuenta del inicio de una vista de jurado en la Audiencia Provincial de Tarragona en que la dinámica de los sucesos descrita sugería que podríamos hallarnos frente a un caso de *stalking* con resultado letal¹³. Los datos que han trascendido del suceso a la prensa, fundamentalmente extractados del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, se refieren al proceso que culminó el mes de mayo de 2008 con la muerte de la víctima, a quien su acosador propinó diez puñaladas con un cuchillo de grandes dimensiones cuando aquélla salía de su lugar de trabajo, un locutorio situado en una zona céntrica de la ciudad. En dicha calificación se relata cómo el acusado había conocido a la joven en el lugar de trabajo de ésta y se había enamorado de ella, llegando a sentir una “auténtica obsesión”, lo que le condujo a perseguirla en reiteradas ocasiones, entre ellas cuando iba a buscar el autobús a la salida del trabajo. El acusado

⁹ Sobre los mismos, ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking y Derecho penal*, op. cit., pp. 65 y ss.

¹⁰ Este ha sido el caso de Estados Unidos, según resultados de la *Supplemental Victimization Survey* a la *National Crime Victimization Survey* de 2006. Vid. BAUM/CATALANO/RAND/ROSE, “Stalking Victimization in the United States”, *Bureau of Justice Statistics Special Report, U.S. Department of Justice*, enero 2009. pp. 1 y ss. Archivo accesible en www.ovw.usdoj.gov/docs/stalking-victimization.pdf. Los resultados de esta última encuesta de amplio espectro contrastan con los de la *National Violence Against Women Survey* de 1995-1996, en que la prevalencia anual de padecimiento de este tipo de conductas era del 1% en el caso de las mujeres y el 0.4% en el caso de los hombres partiendo de un concepto restringido de *stalking*, que ascendía hasta el 6% de las mujeres y el 1.5% hombres si se partía de un concepto más amplio. Vid. TJADEN/THOENNES, “Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey”, en *Research in Brief, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice*, April 1998. pp. 1 y ss. Accesible en <http://www.ncjrs.gov/pdffiles/169592.pdf>.

¹¹ La prevalencia indicada, obtenida mediante un cuestionario electrónico añadido a la *British Crime Survey* de 1998 alcanza al 7.8% de las mujeres y el 5.8% de los hombres en 2001. Ampliamente sobre los resultados del cuestionario realizado en 1998, BUDD/MATTINSON, “The extend and nature of stalking: findings from the 1998 British Crime Survey”, *Home Office Research Study 210, Home Office Research, Development and Statistics Directorate*, octubre 2000, *passim*, accesible en <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/hors210.pdf>; BUDD/MATTINSON, “Stalking: findings from the 1998 British Crime Survey”, *Research Findings*, No. 129, *Home Office Research, Development and Statistics Directorate*, pp. 1-4, archivo accesible en <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r129.pdf>. En relación con los resultados obtenidos al respecto en la *British Crime Survey*, edición de 2001, vid. WALBY/ALLEN, “Domestic Violence, sexual assault and stalking. Findings From de British Crime Survey”, *Home Office Research Study 276, Home Office Research, Development and Statistic Directorate*, marzo 2004, p. 116. Archivo accesible en <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/hors276.pdf>.

¹² Según datos obtenidos por la *Australian Boureau of Statistics* en 1996. Vid. MULLEN/PATHÉ/PURCELL, *Stalkers and their Victims*, Cambridge University press, Cambridge, 2000, pp. 30 y ss.

¹³ Vid. edición digital de La Vanguardia de fecha 05-03-2010, sección sucesos, accesible en www.lavanguardia.es.

llegó a hablar con el hermano de la fallecida, indicándole que quería casarse con ella, lo que aquél trasladó a sus padres y a la propia interesada. La respuesta a tal solicitud fue negativa, puesto que, al parecer, ni la joven estaba enamorada del acusado ni había existido una relación sentimental entre ambos, circunstancia que pudo precipitar el desenlace.

2. El concepto de *stalking*

En las precedentes líneas se ha pretendido dar cuenta acerca de cómo la actual reforma penal en curso, a pesar de mostrar sensibilidad acerca de la necesaria incriminación de algunos procesos de acoso, guarda silencio sobre la incriminación del *stalking*, contra lo que constituye tendencia político-criminal imperante en el mundo anglosajón y en multiplicidad de países de nuestro entorno jurídico. Sin embargo, cualquier consideración acerca de un fenómeno recientemente etiquetado, como el *stalking*, y que en España todavía no se halla ni identificado ni generalizado, requiere dar cuenta, cuanto menos sucinta, del modo en que ha sido conceptualizado.

La tarea conceptualizadora de esta realidad ha resultado compleja. Las dificultades en punto a caracterizar este fenómeno alcanzan distintos niveles y el consenso no va mucho más allá de la conciencia de que se trata de una conducta de persecución repetitiva, obsesiva e intrusiva respecto de una persona, el objetivo. Las cuestiones que generan duda en torno a la concreción de dicho concepto alcanzan no sólo a la dificultad de deslindar el *stalking* de la realización de actividades rutinarias, conductas socialmente adecuadas, o al inadecuado empleo del término “obsesión” que algunas propuestas definiciones del *stalking* han realizado¹⁴, sino también a la determinación del número de ocasiones en que debe reiterarse la conducta intrusiva para considerarla equivalente a un patrón conductual o al lapso de tiempo en que deben desenvolverse¹⁵.

Además de las definiciones legales existentes en los ordenamientos penales de aquellos países que han incorporado el delito de *stalking* en su catálogo de conductas con relevancia penal, sentida socialmente la necesidad de intervención, aparecieron diversas definiciones del fenómeno en la comunidad científica, básicamente en el ámbito de la psicología y la psiquiatría. Junto a éstas, también los estudios empíricos de amplio espectro que han incidido en el estudio del fenómeno han formulado sus correspondientes definiciones¹⁶, aportando su contribución a la conceptualización del mismo.

¹⁴ Pone de manifiesto tales dificultades, WESTRUP, “Applying Functional Analysis to Stalking Behavior”, en MELOY (Ed.), *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, Academic Press, San Diego, 1998, p. 276.

¹⁵ Al respecto, ROBERTS, “Women’s Experience of Violence During Stalking by Former Romantic Partners. Factors predictive of stalking violence”, *Violence Against Women*, 2005, 11, p. 91.

¹⁶ El caso quizá más paradigmático es el de la *National Violence Against Women (NVAW) Survey*, realizada entre noviembre de 1995 y Mayo de 1996 sobre una muestra de 16.000 personas. De acuerdo con el *Model Anti-Stalking Code* para los Estados propuesto por el *National Institute of Justice*, el *stalking* se define en esta encuesta como “un patrón de conducta dirigido a una persona específica que incluye proximidad física o visual respecto de la víctima, comunicación no consentida, o amenaza verbal escrita o implícita, o una combinación de ellas, que es susceptible de provocar miedo a una persona

Entre las conceptualizaciones aparecidas en la academia, una de las más predicadas es la propuesta por MELOY Y GOTHARD¹⁷, quienes definieron este fenómeno, al que denominaron persecución obsesiva (*obsessional following*), como “patrón de amenaza o acoso anormal o de larga duración dirigida específicamente a un individuo”. Dicho modelo o patrón de amenaza o acoso fue concretado por estos mismos autores como “más de un acto manifiesto de persecución no querida por la víctima que es percibida por ésta como acosante”, a pesar de que ésta pudiera ser considerada como una interpretación generosa del modelo de conducta desarrollado a largo plazo. Se trata de una definición, como el resto de las que aquí se enunciarán, que pretende circunscribir el fenómeno en punto a favorecer su estudio científico y su comprensión clínica, poniendo el acento en el carácter repetitivo de la conducta y en su rechazo por parte del objetivo, además de en su carácter amenazante.

Posteriormente, PATHÉ y MULLEN definen el *stalking* como “una constelación de comportamientos en los que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones”¹⁸. Dichos autores identifican la intrusión con el hecho de perseguir, merodear cerca, vigilar, aproximarse y comunicarse con conductas como enviar cartas, efectuar llamadas telefónicas, enviar *e-mails*, efectuar pintadas o notas en el coche de la víctima. Llamam además la atención acerca de la posibilidad de que las conductas de *stalking* puedan tener otras actividades asociadas, tales como encargar bienes o servicios a nombre de la víctima, allanar su propiedad, efectuar falsas acusaciones, formular amenazas y, en alguna ocasión, incluso acometer o asaltar a la víctima. En definitiva, dichos autores formulan una definición sobre la base de la realización por parte del *stalker* de conductas observables, perceptibles por los sentidos, caracterizando así el curso de conducta no deseado por la víctima, aunque sin determinar un concreto número de ocasiones en que dichas intromisiones deban producirse. Tales autores, sin embargo, concretan en una publicación posterior¹⁹ la necesidad de que la conducta deba consistir, cuanto menos, en diez intrusiones o comunicaciones no deseadas en un período de al menos cuatro semanas. En conclusión, para éstos, el *stalking* viene constituido por aquel conjunto de actos reiterados, considerados intrusivos, que crean aprensión y que pueden ser considerados por un ciudadano razonable como fundamento para padecer miedo²⁰.

Por su parte, WESTRUP demanda una clara definición del fenómeno que precise más el concepto. Propone como caracterización del *stalking* la siguiente: “un comportamiento o una constelación de ellos que a) se dirigen repetitivamente contra un individuo concreto (el objetivo); b) son experimentados por éste como intrusivos y no

razonable”, en que el vocablo “repetido” se refiere a dos o más ocasiones. Al respecto vid. TJADEN/THOENNES, “Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey”, *Research in Brief, U.S Department of Justice, National Institute of Justice*, April 1998. pp. 2-3. Accesible en <http://www.ncjrs.gov/pdffiles/169592.pdf>.

¹⁷ Vid. MELOY/GOTHARD, “A demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders”, *American Journal of Psychiatry*, 1995, 152, pp. 259.

¹⁸ Cfr. PATHÉ/MULLEN, “The impact of stalkers on their victims”, *British Journal of Psychiatry*, 1997, 174, p. 12.

¹⁹ Vid. MULLEN/PATHÉ/PURCELL/STUART, “A study of stalkers”, *American Journal of Psychiatry*, 1999, 156, p. 1244.

²⁰ Exponen dicha concepción en MULLEN/PATHÉ/PURCELL, *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 9-10.

deseados; y c) se considera que pueden causar miedo o preocupación en la víctima²¹. En definitiva, con la referida conceptualización, dicho autor pretende caracterizar el comportamiento sobre la base de criterios, a imagen y semejanza de la metodología empleada en el DSM IV en punto al diagnóstico. Al mismo tiempo, pretende poner de manifiesto que el término se refiere a una clase de comportamiento, así como dejar abiertas las formas de conducta incorporadas (por ejemplo, telefonar, perseguir, escribir cartas, entre otras posibilidades).

A pesar de las disparidades existentes en la comunidad científica en lo referente a la determinación del concepto de *stalking*, de las caracterizaciones reseñadas puede extraerse que constituyen elementos esenciales integrantes del fenómeno generalmente admitidos tanto el que debe tratarse de un patrón de conducta insidioso y disruptivo cuanto que no debe contar con la anuencia de la víctima²². En lo atinente a la primera de estas características, debe tratarse de una serie de actos concatenados, en que, sin embargo, no existe uniformidad de pareceres sobre el periodo de duración del acoso o la frecuencia que éstos deben tener, pudiendo, además, tener muy distinta naturaleza (envío reiterado de regalos, llamadas telefónicas –terror telefónico–, persecuciones, merodeos, envíos reiterados de *e-mails* o cartas, demanda de mercancías a nombre de la víctima, difamación, allanamientos e incluso agresiones) y tratándose en ocasiones de conductas socialmente aceptadas de ser singular o aisladamente consideradas. La segunda de las características, referida al carácter no deseado de la conducta por parte de la víctima, informa acerca de la ausencia de anuencia de ésta, de su ausencia de consentimiento o de la realización de la conducta al margen de su voluntad, con independencia de los concretos sentimientos que ello pueda generar en la víctima.

Finalmente, el tercero de los signos identificadores de este concepto es quizá el que genera más desacuerdo, de una parte porque se requiere que esta comunicación o aproximación asfixiante y no querida sea susceptible de generar algún tipo de repercusión; sin embargo, las dudas se centran en determinar si dicho efecto debe consistir en la producción de una sensación de desasosiego o temor –lo que se sostiene, aunque con matices diferenciadores, en la mayor parte de definiciones ensayadas– o bien debe implicar una irrupción en la vida privada de las personas –requerimiento de afectación a la esfera privada que no resulta mayoritariamente requerido–. De otra parte, porque incluso en el marco de la opinión mayoritaria, esto es, de aquella que sostiene que el efecto producido debe ser la causación de una situación percibida como amenazante, al ser susceptible de producir miedo, las opiniones divergen. La divergencia se aprecia en relación a si la producción de temor debe predicarse partiendo de un patrón subjetivo, esto es, en atención a la concreta víctima, o debe establecerse según el efecto que ésta tendría según un patrón objetivo, esto es, el del hombre medio colocado en la situación de la víctima o el del ciudadano razonable, como prefiera denominarse a dicho patrón.

²¹ Vid. WESTRUP, en MELOY (Ed.), *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, 1998, pp. 276-277; WESTRUP/FREMOUW, “Stalking behavior: a literature review and suggested functional analytic assessment technology”, *Aggression and Violent Behavior*, 1998, 3, p. 255.

²² Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, op. cit., pp. 35 y ss.

3. La situación legislativa en España (presente y futuro previsible)

Como se ha indicado, el *stalking*, pese a poder identificarse supuestos de hecho incardinables en este fenómeno en múltiples casos vistos por nuestros tribunales y aunque constituye una vivencia altamente lesiva, que se ha caracterizado como un supuesto de auténtico terrorismo psicológico²³, no se halla específicamente incriminado en el Código penal español. Tampoco en la reforma penal que se halla actualmente en tramitación en el Senado se prevé la incorporación de un tipo *ad hoc*.

En consecuencia, estos supuestos se están incriminando actualmente en nuestro país como en el resto de países europeos que carecen de un específico delito de *stalking*. Esto es, acudiendo a distintos delitos contra bienes jurídicos de carácter personal que pueden verse afectados, de manera más o menos eventual, por la realización de conductas de *stalking*. Pueden venir a colación delitos contra el honor, cuando se profieren expresiones insultantes, delitos contra el patrimonio, cuando el *stalker* menoscaba propiedades de la víctima, el delito de maltrato habitual u ocasional en el ámbito familiar –cuando entre víctima y ofensor media o ha mediado una relación sentimental o de matrimonio– e incluso los delitos de lesiones o tentativa de homicidio –cuando no homicidio consumado– si en su escalada el *stalker* llega a atacar contra la integridad física o la vida de la víctima, o si causa menoscabo a su salud mental. Sin embargo, los grupos de delitos que más suelen aplicarse para reprimir conductas de *stalking* son aquellos enderezados a la tutela de intereses jurídicos que se consideran comprometidos por el delito de *stalking* en aquellos ordenamientos jurídicos que lo tienen incriminado. Básicamente se trata de los delitos contra la libertad de obrar –coacciones y amenazas–, delito de acoso sexual, delitos contra la intimidad y delito de trato degradante, puesto que se lo ha considerado el marco al que reconducir la incriminación de nuevas formas de acoso moral, como el *mobbing* o el *bullying*.

3.1. La aplicabilidad de los delitos contra la libertad de obrar a los supuestos de *stalking*

En la mayor parte de ordenamientos europeos en que se ha introducido el delito de *stalking*, la ubicación escogida por el legislador ha sido entre los delitos contra la libertad de obrar²⁴, así en Holanda, Malta, Austria, Alemania, Italia. Ello porque el *stalking* supone siempre un atentado contra la libertad de obrar de la víctima, tanto en aquellos supuestos en que la conducta del *stalker* resulta amenazante, cuanto en aquellos otros en que es tan insidiosa que afecta al desarrollo vital de la persona. Como veremos, sin embargo, las tipicidades del delito de amenazas y del delito de coacciones no resultan adecuadas para incriminar los supuestos de *stalking*.

3.1.1. La operatividad del delito de amenazas

Su carácter de delito atentatorio contra el proceso de formación de la voluntad, fundamentalmente enderezado a constreñir el proceso deliberativo, puede convertirlo en

²³ En este sentido, MULLEN/PATHÉ/PURCELL, *Stalkers and their victims*, op. cit., p. 59

²⁴ La libertad de obrar se entiende en sentido amplio, como la que abarca las tres fases o momentos integrantes del proceso volitivo: libertad de formación de la voluntad, libertad de decisión de la voluntad/libertad de decidir, libertad de ejecución de la voluntad/libertad de obrar.

un tipo adecuado para incriminar los supuestos de *stalking*. Pero esta primera impresión no se ve confirmada por un análisis más detallado de los elementos típicos.

La amenaza requiere el anuncio de un mal, se configura como delito de expresión, y debe ser, como mínimo, adecuada para causar temor o intimidar. Esto último según quienes consideran que es un delito de peligro²⁵. En muchas ocasiones la finalidad del *stalker* no es intimidar a la víctima ni causarle temor, sino conseguir entablar una relación con ella. Además la jurisprudencia exige que el mal con que se amenaza sea serio, real y perseverante, de carácter injusto, determinado y posible, dependiente de la voluntad del sujeto pasivo y que origine una natural intimidación sobre la persona que recibe el anuncio²⁶.

Constituye un delito de expresión en el que se considera necesario que se profiera expresamente algún anuncio de mal, más o menos velado, incluso en aquellos supuestos en que se aplica la teoría de los actos presuntos. De ahí que resulte difícil aplicarlo a los supuestos en que la conducta amenazante del *stalker* no vaya acompañada de la verbalización de expresión amenazante alguna y todavía más a aquellos otros en que su conducta resulta agobiante, coartadora de la libertad vital del sujeto pasivo, pero no amenazante.

El destinatario del mal no puede ser cualquiera, debe ser el amenazado, su familia u otras personas con las que esté íntimamente vinculado. Por lo que quedarían fuera del delito los casos de *stalking* en que el mal se puede cernir sobre amigos o compañeros de trabajo de la víctima y aquellos otros en que la conducta amenazante del *stalker* no se cierne sobre la víctima, sino sobre algún amigo o familiar para entrar en contacto con ella.

Resulta, además, difícil aplicar a los supuestos de *stalking* el tipo del delito de amenaza de mal no constitutivo de delito, puesto que según el tipo del art. 171 CP es necesario que la amenaza sea condicional y que la condición no constituya una conducta debida por parte de la víctima. Son impunes los casos de mal lícito mediando condición lícita, salvo que, conforme a la teoría de la conexión interna no exista relación entre la condición y el mal²⁷. A ello cabe añadir que la circunstancia de que el tipo exija que la condición no sea una conducta debida por parte del sujeto pasivo puede conducir al absurdo de considerar atípicos incluso los supuestos de mal ilícito cuando la conducta exigida sea debida por parte de éste. Para evitar ese absurdo un sector de la doctrina, siguiendo un argumento *a maiore ad minus*, sostiene que nunca pueden ser típicos los casos de mal lícito aunque la conducta no sea debida por parte del sujeto pasivo²⁸, lo que conduce a la impunidad de la mayor parte de casos de *stalking* según este precepto,

²⁵ Considera que nos hallamos frente a un delito de peligro, en que basta la idoneidad de la conducta para hacer peligrar los bienes protegidos a efectos de perfección del delito, JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 40 y ss.

²⁶ Vid, por todas, STS núm. 1060/2001, de 1 de junio, o la núm. 311/2007, de 20 de abril.

²⁷ Acerca de la teoría de la conexión interna o la relación, vid., entre otros, JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995*, op. cit, pp. 67 y 81 y ss.; VELÁZQUEZ VARÓN, *Las amenazas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 25 y ss.; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal)*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997, p. 65.

²⁸ De esta opinión, entre otros, JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el Chantaje en el Código penal de 1995*, op. cit., pp. 72 y ss..

pues, sin ir más lejos, no es típico amenazar a otro con continuar asediándolo si no cumple la condición, esto es, mantener contacto con el *stalker*.

Para finalizar, la jurisprudencia exige dolo específico, la voluntad de atemorizar a la víctima,²⁹ cuando tampoco la referida voluntad tiene por qué concurrir en la mayor parte de supuestos de *stalking*.

3.1.2. Aplicabilidad del delito de coacciones

El delito de coacciones constituye un atentado genérico a la libertad de obrar producido mediante el empleo de violencia. La amplia interpretación que ha efectuado del tipo del delito la jurisprudencia española ha hecho que éste funcione como una especie de cláusula de cierre del sistema a través de la que incriminar los atentados contra la libertad de obrar que deban gozar de relevancia penal. Tanto es así que se ha erigido de facto en el delito al que la jurisprudencia española reconduce la mayor parte de supuestos de *stalking*. Sin embargo, al margen de dicha amplia interpretación jurisprudencial, el tipo del delito también plantea problemas para poder erigirse en el delito a través del que incriminar el fenómeno que nos ocupa.

El primer problema tiene que ver con el bien jurídico protegido por el delito. Acogiendo aquella opción más restrictiva en virtud de la cual únicamente podrían integrar el delito los atentados contra la libertad de obrar en sentido estricto³⁰, esto es, contra la ejecución de la voluntad libremente formada, la mayor parte de supuestos de *stalking* no podrían subsumirse en este delito.

El segundo de los problemas aplicativos tiene que ver con la estructura típica. Se trata de la exigencia típica del empleo de la violencia como medio comisivo. Según interpreta la mayor parte de la doctrina, la violencia se identifica con la *vis física*, que debe ser empleada para impedir hacer lo que la ley no prohíbe o compeler a hacer cualquier cosa. Según la doctrina es necesario el empleo de fuerza física que recaiga sobre el cuerpo de la víctima³¹. No obstante, en la jurisprudencia el término “violencia” ha padecido un “proceso de volatilización”, y cabe integrar en la misma tanto los supuestos de fuerza física, como los de *vis compulsiva* o intimidación y finalmente los de fuerza en las cosas³². Con todo, una interpretación del término “violencia” fiel a su

²⁹ Vid., entre otras, STS núm. 821/2003, de 5 de junio.

³⁰ De esta opinión, por todos, GARCÍA PABLOS, “sobre el delito de coacciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, 1982, p. 117; MIRA BENAVENT, “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, en *CPC*, núm. 22, 1984, p. 127; CERVELLO DONDERIS, *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 202.

³¹ Vid. GARCÍA PABLOS, “Sobre el delito de coacciones”, op. cit., p. 271; MIRA BENAVENT, “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, op. cit., p. 96; CERVELLO DONDERIS, *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, op. cit., pp. 30 y ss.; MAQUEDA ABREU, *Delitos contra la libertad y la seguridad en las personas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1998, p. 36; Díez RIPOLLÉS, en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 820 y ss.

³² Sobre dicho proceso vid., MIRA BENAVENT, “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, op. cit., pp. 133 y ss. Vid., acerca de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la perfección del delito, entre otras, SSTS 29/1994, de 19 de enero (RJ 1994/77); 984/1995, de 6 de octubre (RJ 1995/7043); 1379/1997, de 17 de noviembre y 427/2000, de 18 de marzo.

sentido literal posible, esto es, al requerimiento del empleo de fuerza física, dejaría fuera del tipo la mayor parte de supuestos de *stalking*.

El tipo subjetivo del delito también plantea problemas, pues la jurisprudencia exige el dolo específico, consistente en que el impedimento a la libertad de actuación ajena constituya finalidad de la conducta del *stalker*³³, circunstancia que tampoco concurre en muchos de los supuestos de *stalking*.

En definitiva, ni por el objeto jurídico tutelado en el delito de coacciones –que un sector doctrinal concreta en la libertad de obrar en sentido estricto–, ni por requerimientos normativos integrantes tanto del tipo objetivo –violencia– cuanto del tipo subjetivo –elemento subjetivo del injusto – el delito de coacciones puede erigirse en un tipo al que reconducir la mayor parte de supuestos de *stalking*. No obstante, eso es justamente lo que está haciendo la jurisprudencia en nuestro país, gracias a la interpretación laxa del término violencia que sostiene. Sin embargo, tal proceder resulta contrario al principio de legalidad, por lo que, aunque desde una óptica funcionalista pueda llegarse a defender un concepto de violencia amplio que no lo limite a la *vis física*, sino a la imposición de cualquier impedimento al ejercicio de una libertad jurídicamente reconocida –como propone JAKOBS³⁴– el referido proceder puede acabar socavando pilares esenciales del sistema, también desde una óptica funcionalista, como el principio de legalidad³⁵.

Tampoco las reformas del delito de coacciones cuya inclusión plantea el proyecto de Ley Orgánica de Reforma del CP de 2009 inciden en la mejor aplicabilidad del delito de coacciones al *stalking*, puesto que lo que se pretende es simplemente incorporar un supuesto agravado al delito cuando “la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”. Se trata, en definitiva, de un precepto en el que podrán incorporarse supuestos de *mobbing* inmobiliario que no impliquen la causación de sentimientos de envilecimiento o humillación, pero que igualmente requiere el empleo de violencia como medio comisivo.

3.1.3. La falta de vejaciones injustas como tipo al que reconducir casos de *stalking*

En ocasiones la jurisprudencia ha acudido a esta falta contenida en el art. 620.2 CP y que incluye no sólo conductas contrarias a la integridad moral que no llegan a la categoría de trato degradante, sino también las amenazas y las coacciones leves para incriminar supuestos de *stalking*. Normalmente se recurre a tal figura en los casos en que el acoso consiste en llamadas reiteradas a todas horas a la víctima³⁶. Sin embargo, el

³³ En estos términos, STS núm. 427/2000, de 18 de marzo, y demás disposiciones allí citadas. Un sector minoritario de la doctrina sostiene también semejante necesidad; de esta opinión, HIGUERA GUIMERA, *El delito de coacciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p. 173.

³⁴ Tal ha sido la propuesta efectuada por este autor en su aportación “Coacciones por medio de violencia”, (traducc. Carlos J. Suárez González), en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, UAM-Civitas, Madrid, 1997, pp. 439 y ss.

³⁵ Apunta esta crítica desde la misma óptica funcionalista a la tesis de JAKOBS, RAGUÉS I VALLÉS, “¿Coacciones sin violencia?. Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del Derecho Penal”, en *El funcionalismo en el Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 486.

³⁶ Vid. Entre otras, SAP de La Coruña 39/2003, de 15 de abril, (JUR 2003/230273), SAP de Barcelona núm. 647/2006, de 29 de junio (JUR 2007/64553).

recurso a esta falta, además de entrañar el riesgo de banalización de las conductas de *stalking*, tampoco se halla falto de dificultades. De un lado, porque en lo que a las amenazas y coacciones se refiere, la diferencia entre el delito y la falta es meramente cuantitativa³⁷, por lo que los problemas aplicativos derivados del delito de amenazas y coacciones al *stalking* cabe reproducirlos aquí. De otro lado, porque la vejación injusta requiere un atentado contra la dignidad y el honor que no siempre resulta observable en los supuestos de *stalking*.

3.2. Los delitos contra la integridad moral y el *stalking*

3.2.1. El Delito de trato degradante como tipo generalmente incriminador de tales supuestos

Las razones que han conducido a plantear la aplicabilidad del delito de trato degradante tienen que ver, por un lado, con la pertenencia del *stalking* al género del acoso y por su similitud con otras formas de acoso, siendo que éste se incrimina fundamentalmente a través del art. 173.1 CP. Por otro lado, también se ha atendido a que alguna aislada resolución jurisprudencial reconduce a este tipo delictivo la tipificación de algún supuesto de *stalking*³⁸.

En cuanto a la similitud del *stalking* con otras formas de acoso, sin embargo, debe procederse a efectuar una distinción entre los supuestos de acoso moral y de acoso psicológico. En los supuestos de acoso moral resulta consustancial al proceso la causación de sentimientos de humillación o envilecimiento. Por el contrario, los supuestos de acoso psicológico no producen necesariamente aquellos sentimientos, sino que generan sentimientos de desasosiego, inseguridad o preocupación³⁹. Siendo que todos los supuestos de acoso, incluido el *stalking*, tienen en común la ruptura de la necesaria distancia y paridad en las relaciones interpersonales, en algunos procesos el efecto esencial sobre la víctima implica la generación de un sentimiento de inseguridad, como sucede en el caso del *stalking* o del *mobbing* inmobiliario, en que la conducta es adecuada para constreñir la voluntad de la víctima, sin que sea consustancial al proceso la causación de humillación. En otros, por contra, dicho sentimiento de humillación se provoca justamente porque la operativa consiste en la expulsión de una persona del grupo al que pertenece, como sucede en los casos de acoso moral, representados por el *mobbing* laboral o el *bullying*,

Para la incriminación de estos últimos supuestos resulta particularmente adecuado el delito de trato degradante⁴⁰. Ello explica que en la reforma del Código

³⁷ Acerca de la distinción entre coacción delito y falta en la jurisprudencia vid. DELGADO LÓPEZ, “El delito de coacciones (las reformas del Código penal de 1995)”, en *Delitos contra la libertad y seguridad, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 203 y ss. y resoluciones allí citadas.

³⁸ Al respecto vid, por ejemplo, SAP de Sevilla núm. 150/2004, de 4 de marzo (JUR 2004/126194).

³⁹ Sobre la distinción acoso moral-acoso psicológico vid. GONZÁLEZ DE RIVERA, *El maltrato psicológico. Como defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Ed. Espasa, Madrid, 2002, pp. 25 y ss. Sobre la distinción entre ambos tipos de acoso y su relación con el *mobbing* laboral, inmobiliario, acoso escolar y el propio *stalking*, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *Stalking y derecho penal*, op. cit., pp. 42 y ss.

⁴⁰ Tanto es así que resulta una opinión bastante extendida el sostener que el art. 173.1 CP constituye el delito al que reconducir los supuestos de acoso. Al respecto, vid. OBSERVATORIO VASCO SOBRE ACOSO

penal actualmente en tramitación parlamentaria se plantee la inclusión de dos nuevos párrafos al art. 173.1 CP en los que incriminar tanto el *mobbing* laboral cuanto el inmobiliario en el caso en que el proceso de hostigamiento implique una afectación de la integridad moral⁴¹. Sin embargo, el tipo no resulta tan adecuado para incluir los supuestos de *stalking*, a pesar de constituir éste una forma de acoso. Las razones en que se basa la precedente conclusión son las que a continuación se exponen:

en primer lugar, por el bien jurídico protegido en el delito de trato degradante. Este interés jurídico, según la opinión mayoritaria, se identifica con la integridad moral, descartada la protección de la dignidad sin mayor concreción. La opinión mayoritaria identifica la integridad moral bien con el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, que impide considerar al individuo como medio y no como fin en sí mismo⁴², bien con el derecho a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimiento físico o psíquico que tenga carácter humillante, vejatorio o envilecedor, esto es, a no padecer tratos degradantes o vejatorios, con independencia de que el sujeto pasivo consienta o no⁴³. Según dichas caracterizaciones del bien jurídico, todo atentado a la integridad moral requiere la producción de sentimientos de humillación y envilecimiento, lo que no resulta consustancial a los supuestos de *stalking*.

En segundo lugar, los elementos que integran el tipo objetivo del delito tampoco lo hacen apto para reconducir a él la mayor parte de supuestos de *stalking*. Así, el tipo exige que se dispense un “trato degradante”. Según la opinión mayoritaria, siguiendo a la normativa internacional, por trato degradante se considera “toda situación que, con independencia del medio utilizado y de si existe o no doblegamiento de la voluntad de otra persona, conlleva generalmente padecimientos físicos o psíquicos y

LABORAL EN EL TRABAJO (MOBBING), *El acoso moral- mobbing- en los lugares de trabajo: comprender para prevenir*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2004, pp. 122 y ss.; PÉREZ MACHÍO, *Mobbing y Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 142 y ss.; CARMONA SALGADO, “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)”, en *Estudios Penales en Recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 183 y ss.; GIMENO LAHOZ, *La presión laboral tendenciosa*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 375 y ss.; ESCUDERO MORATALLA/POLLATOS I MATAS, *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 338; LAFONT NICUESA, *El delito de acoso moral en el trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 109 y ss.; MEJÍAS, en CARBONELL VAYÁ/GIMENO NAVARRO/MEJÍAS GARCÍA, *El acoso laboral, antes llamado Mobbing. Un enfoque integrador*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 201.

⁴¹ Así lo hizo el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código penal de 2007 y así lo ha seguido haciendo el Anteproyecto de ley Orgánica de Modificación del Código Penal de 14 de noviembre de 2008.

⁴² De esta opinión, GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)”, en VIVES ANTON/MANZANARES SAMANIEGO (dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (parte especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 78; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (Dir.), *Comentarios al Código penal t.I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 895; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Ed. Aranzadi, 5ª edición, Cizur Menor, 2005, pp. 262 y ss.; REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 239 y ss.

⁴³ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 24; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 58; DE LA MATA/ PÉREZ MACHÍO, “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal”, en RP, núm. 15, p. 28.

produce en todo caso un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento, ante los demás o ante sí mismo”⁴⁴. De ahí que la mayor parte de supuestos de *stalking* no implican la producción de esta especie de trato.

3.2.2. Los supuestos de *mobbing* de previsible incorporación a las tipicidades del art. 173.1 CP y su operatividad frente al *stalking*

La proyectada reforma del Código penal, con suponer una clara ampliación de la tipicidad delictiva a efectos de incluir supuestos de *mobbing* laboral o inmobiliario, no cambiará en demasía la situación en lo que a la posible inclusión de supuestos de *stalking* se refiere. Esto porque, efectivamente, al delito contemplado en el art. 173.1 CP se le añaden un segundo y tercer párrafo a través de los que incriminar, respectivamente, supuestos de *mobbing* laboral que no lleguen a constituir trato degradante, así como procesos de *mobbing* inmobiliario que tampoco alcancen dicha consideración. Y es que, efectivamente, puesto que ambos tipos delictivos proyectados requieren la realización reiterada de actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan, en el primer caso, grave acoso contra la víctima y, en el segundo, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda, podría llegar a pensarse que basta para colmar las exigencias típicas con el mero hostigamiento que no sea siquiera adecuado para producir los referidos sentimientos de humillación y envilecimiento. Sin embargo, el referido entendimiento amplio del tipo contemplado en el proyectado 173.1, segundo párrafo –el tipo más adecuado *a priori* en el que incriminar supuestos de *stalking*–, topa con la ubicación sistemática del delito entre los que atentan contra la integridad moral, que entendida en los términos antedichos, requiere del carácter humillante, vejatorio o envilecedor de la conducta. Pero es que, aun en el supuesto en que un entendimiento amplio del tipo resultase sostenible, el mayor escollo para defender que el proyectado precepto puede ser instrumental a la incriminación del *stalking* se centra en el hecho de que el tipo requiera que el acoso se produzca en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional, a lo que se añade que el acosador deba prevalerse de su situación de superioridad. Tales exigencias típicas dejan fuera del tipo los casos de *stalking* que no se produzcan entre compañeros de trabajo o personas que mantengan algún tipo de relación profesional, como los producidos entre miembros de una pareja o expareja, entre conocidos, amigos, familiares, íntimos, o incluso entre extraños. Y aun en el caso en que medie la referida relación laboral o funcional, el tipo únicamente incluiría los supuestos de *stalking* de superior a inferior jerárquico, no los producidos entre compañeros que no se hallen en un distinto nivel empresarial o funcional o aquellos otros en que es el inferior el que acosa al superior.

3.2.3. El delito de maltrato habitual en el ámbito familiar ante este fenómeno

En relación, por último, con el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, tipificado entre los delitos contra la integridad moral, el principal problema que puede plantear para incriminar los supuestos de *stalking* se deriva de requerir una determinada relación de parentesco entre autor y víctima. Sin embargo, ahí no terminan las

⁴⁴ Vid.. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, op. cit., p. 44. En semejantes términos BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, op. cit., pp. 72 y ss.; DE LA MATA/PÉREZ MACHÍO, “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal”, op. cit., p. 42.

dificultades, pues la incriminación del *stalking* generalmente derivaría de incluir en el tipo la violencia psíquica. Al respecto, no puede negarse que nos hallamos ante un concepto poroso en que las opiniones acerca de su amplitud difieren⁴⁵. Al respecto, las opciones han oscilado desde identificar la violencia psíquica con la producción de menoscabo psíquico, la más exigente, hasta la que considera bastante para su concurrencia la causación de sentimientos de temor, intranquilidad o ansiedad. Sin embargo, ni una ni otra opciones se sostienen con carácter general⁴⁶, quedando el ámbito del delito comprendido en opciones intermedias como la que identifica la violencia psíquica con la *vis compulsiva*⁴⁷, e incluso con la manipulación, la amenaza, la humillación, el aislamiento, el chantaje y la causación de dolor o perturbación emocional, pero que no comprendería atentados contra el honor⁴⁸, o incluyendo únicamente aquellas manifestaciones de la violencia psicológica que tengan entidad equiparable a la violencia física a efectos valorativos⁴⁹.

De ahí que, empleando tales limitaciones, de no considerar bastante la causación de sentimientos de temor, intranquilidad o ansiedad si no es con conductas valorativamente equiparables a actos de violencia física, esto es, limitando la tipicidad a actos realizados con ímpetu e intensidad extraordinarias y dirigidos a intimidar, vejar o zaherir, menospreciar o crear en el sujeto pasivo una alteración de su equilibrio mental, muchos supuestos de *stalking* no colmarían las exigencias ínsitas en el concepto de violencia psíquica⁵⁰.

3.3. Algunos delitos contra la libertad sexual en los que subsumir supuestos de *stalking*

3.3.1. El delito de acoso sexual

El delito de acoso sexual, incorporado por el CP de 1995 al art. 184, se considera una figura atentatoria contra la libertad de decidir en la esfera sexual. En tanto protege un aspecto de la libertad de obrar y en cuanto en muchas ocasiones los motivos que mueven a los *stalkers* son de carácter sentimental-sexual cabe plantear que sea este delito aquél del que pueda servirse el ordenamiento penal español para incriminar los

⁴⁵ Un cumplido análisis sobre las distintas propuestas puede hallarse en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 203 y ss; MUÑOZ SÁNCHEZ, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial II*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 118 y ss.

⁴⁶ Contra la identificación de la violencia psíquica con la afectante a la salud psíquica, vid, por todos, BENÍTEZ JIMÉNEZ, "Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal", en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 181.

⁴⁷ De esta opinión, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, op. cit., p. 216.

⁴⁸ Contrarios a la inclusión de tales conductas, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, o.u.c., pp. 210-211; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 268. Insinúa su exclusión asimismo, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, op. cit., p. 260.

⁴⁹ De esta opinión, entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 32-34.

⁵⁰ En este sentido, SAP Barcelona núm. 538/2004, de 10 de junio (ARP 2004/390).

supuestos de *stalking*. No obstante, tampoco constituye un tipo que aplicar a la mayor parte de supuestos de *stalking*, por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, porque constituye un delito especial, que requiere que entre quien efectúa la solicitud de favores de naturaleza sexual y el destinatario de la misma medie una relación laboral, docente o de prestación de servicios⁵¹. Tal exigencia deja fuera los casos de *stalking* entre conocidos, amigos, que no mantienen una de dichas relaciones o entre extraños, e incluso a la pareja o expareja.

En segundo término, tampoco la conducta típica descrita se acomoda con carácter general a los supuestos de *stalking*. Puesto que ésta requiere de la solicitud de favores sexuales, para sí o para un tercero, resultando demasiado estrecha para permitir la subsunción de la mayor parte de supuestos de *stalking*. Ello porque se exige que la petición sea seria e inequívoca, y la solicitud debe ser explícita, con lo que quedan fuera del tipo la mayoría de supuestos de acoso ambiental o sexista⁵². Esto es, el delito de acoso sexual únicamente tipifica el acoso de intercambio o acoso sexual en sentido estricto⁵³ producido entre sujetos entre los que media determinada relación, sin incluir el acoso ambiental.

Finalmente, porque quienes consideran el acoso sexual como un delito de tendencia interna intensificada, requieren para la perfección típica la concurrencia de ánimo lúbrico o libidinoso⁵⁴, que tampoco se halla generalmente presente en los supuestos de *stalking*.

3.3.2. El nuevo tipo incriminador del *child grooming*

Ya se ha indicado al principio de esta aportación como, entre las nuevas figuras delictivas contra la libertad sexual de los menores que se plantean incorporar al Código Penal mediante la reforma del texto punitivo en tramitación, se prevé la inclusión de un precepto en el que incriminar supuestos de *child grooming*, el proyectado art. 183 bis CP. Atendiendo a la sentida necesidad de castigar, según la exposición de motivos, el empleo de tecnologías de la información y la comunicación por parte adultos con el fin de ganarse la confianza de menores con los que finalmente concertar encuentros sexuales, se propone la inclusión de este nuevo artículo. En él se describe un delito mutilado de los actos, que pretende anticipar la tutela de la libertad sexual de los menores de trece años. La conducta típica consiste en contactar con un menor de trece años mediante el empleo de internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información o la comunicación proponiéndole concertar un encuentro con el fin de

⁵¹ Vid., por todos, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 326.

⁵² En el que no existe requerimiento sexual y que puede manifestarse de forma explícita a través de conductas con clara connotación sexual o de forma implícita a través de conductas que en ocasiones se han calificado inadecuadamente de amistosas o amorosas. En este sentido, SÁNCHEZ/LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 19-20.

⁵³ El que requiere el intercambio de relaciones sexuales, situando a la víctima en una posición activa, pues la hace objeto de la solicitud, tanto si el acoso es vertical como horizontal.

⁵⁴ De esta opinión, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, op. cit., p. 324.

cometer alguno de los delitos contemplados en los arts. 178 a 183 y 189 CP, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Ciertamente, la tipología delictiva referida podría llegar a constituir un tipo al que reconducir algunos supuestos de *cyberstalking*. Sin embargo, también en este supuesto, las limitaciones del tipo delictivo lo convierten en un delito generalmente inhábil para cumplir la función de tipo generalmente incriminador del acoso, siquiera el cibernético. Ello, de un lado, porque el sujeto pasivo del delito necesariamente debe ser un menor de trece años, con lo que cualquier víctima de acoso informático de mayor edad no resulta protegida por el tipo. De otro lado, al margen de la necesidad típica de realizar actos materiales encaminados al acercamiento, lo que podría llegar a compadecerse bien con la dinámica comisiva del *stalking*, porque se requiere que el sujeto activo tenga por finalidad cometer algún tipo de delito sexual de los que el artículo contempla, y ya se ha indicado cómo no siempre el móvil del *stalker* es sexual, y aunque así fuera, no siempre se endereza a la consecución de un contacto sexual en sí mismo delictivo. Finalmente, y quizá este es el aspecto que aleja más este delito de las conductas de *stalking*, no se requiere que la conducta sea vivida como intrusiva por la víctima, esto es, no importa que la víctima rechace o no el contacto que el sujeto activo busca, con lo que cae una de las esenciales exigencias para que cualquier conducta constituya *stalking*, y ello justamente porque dado lo escaso de la edad de la víctima, el rechazo de ésta poco importa, porque no se reconoce derecho a la autodeterminación en la esfera sexual a menores de trece años. En definitiva, pues, nos hallamos más ante un tipo en el que incriminar una suerte de corrupción telemática de menores, que puede tener incluso tintes de seducción, atendida la desigualdad en la edad de autor y víctima, que ante un tipo en el que subsumir supuestos de acoso cibernético.

3.4. La aplicabilidad de los delitos contra la intimidad a los supuestos de *stalking*

Está fuera de duda que las conductas de *stalking*, en tanto suponen una presencia indeseada del acosador, el recibimiento de atenciones no deseadas por parte de éste y, fundamentalmente, el seguimiento constante del objetivo, pueden representar, además de un atentado a la libertad de obrar del sujeto pasivo, una invasión de su intimidad. En países como Holanda, incluso el tipo del delito de *stalking* requiere que el sujeto activo se inmiscuya en la vida privada de la víctima⁵⁵. Dicho esto, se plantea hasta qué punto los delitos contemplados en los arts. 197 y ss. CP son tipos adecuados a los que reconducir las conductas de *stalking*, y puede adelantarse que ninguno de ellos lo es.

De los tipos con más posibilidades para cumplir ese cometido destacamos dos, el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP y el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP. Tal como se hayan descritas, sin embargo, las conductas típicas en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, pocos serán los casos de *stalking* que encajen en el tipo. Ello porque la conducta consiste en el apoderamiento subrepticio –físico o mental– de documentos o efectos personales o bien en el control audiovisual clandestino y el control ilícito de señales de telecomunicación, siempre que se intercepte la telecomunicación o se empleen aparatos técnicos de

⁵⁵ Vid. ROYAKKERS, “The Dutch approach to stalking laws”, en *California Criminal Law Review*, vol. 3, 2000, pp. 12 y ss.

escucha, transmisión o reproducción. Si no se emplean tales artificios, la conducta no tiene relevancia penal⁵⁶. De ahí que no la tendrá, por ejemplo, la escucha de conversaciones o el visionado de imágenes sin el empleo de tales medios, así como tampoco la tiene la filmación de imágenes en lugares públicos. En consecuencia, seguir a alguien por la calle ininterrumpidamente a corta distancia y oír todas sus conversaciones no es delito, tampoco lo es apostarse en una ventana de una casa con planta baja y vigilar lo que sucede en su interior; incluso contratar una grúa para ver a través de las ventanas del segundo o del tercer piso no sería delito. En conclusión, pues, no podrá plantearse la relevancia típica de las conductas de merodeo, en que tan habitualmente consiste el *stalking*, conforme a este precepto.

De acuerdo con la regulación actualmente vigente, tampoco el delito de allanamiento de morada podría cubrir tales supuestos. El delito contemplado en el art. 202 CP únicamente protege la morada frente a invasiones espaciales físicas⁵⁷, no las producidas por otros medios, como la observación desde el exterior, por lo que tampoco podrían incardinarse en él la mayor parte de supuestos de *stalking* consistentes en el merodeo o vigilancia del domicilio.

Ciertamente, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal que se halla actualmente en tramitación parlamentaria plantea la modificación parcial de algunos supuestos del delito de descubrimiento y revelación de secretos. En concreto, propone la inclusión de un nuevo párrafo tercero al art. 197 CP en virtud del cual se incrimina la conducta del que, por cualquier medio o procedimiento, y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga legítimo derecho a excluirlo. La inclusión de dicha nueva conducta, junto a la actualmente prevista en el mismo art. 197.2 CP puede contribuir a que algunos de los supuestos de *cyberstalking*, además de los de *hacking*, ganen relevancia penal. Sin embargo, al margen de lo tortuoso del tipo que en la actualidad protege la intimidad informática –el contemplado en el presente art. 197.2 CP–, la nueva modalidad comisiva cuya incorporación se pretende se limitará a permitir la relevancia penal de la captación subrepticia de datos informáticos de la víctima por parte del *stalker*, algo que, por cierto, en algunos supuestos ya permiten las tipicidades actualmente contempladas en el art. 197.2 CP. No posibilitará la tipicidad del acoso producido mediante el empleo de los medios informáticos de comunicación, como el envío sistemático de mensajes de correo electrónico, o el empleo de los datos de la víctima para, por ejemplo, incluirlos en una página web en la que supuestamente ésta ofrezca servicios sexuales, que constituyen supuestos típicos de acoso cibernético⁵⁸. En efecto, tales conductas, que no constituyen

⁵⁶ De esta opinión, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 413-414; ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 738; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 16ª edición, Valencia, 2007, p. 264.

⁵⁷ Por todos, ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, II, op. cit., p. 490.

⁵⁸ Tampoco cabrá incriminar tales supuestos sobre la base del delito de sabotaje informático, ni siquiera en la redacción propuesta por el Proyecto de reforma del CP, que amplía las conductas incardinables en el mismo, pues manteniendo la tipicidad del borrado, daño, deterioro, alteración, supresión, y provocación de la inaccesibilidad de datos, programas informáticos, y ahora también de documentos electrónicos, en el

delito conforme a la redacción propuesta del nuevo tipo que se pretende incorporar al art. 197.3 CP, tampoco ganarán relevancia penal conforme al actual art. 197.2 CP, pues aunque el precepto, tanto en su inciso primero como en el segundo, se refiere a la posibilidad de comisión del delito por el acceso y por el uso de datos contenidos en soportes, archivos o registros, se requiere el acceso ilícito a los mismos. Es justamente esta última circunstancia la que no se considerará producida en muchos de los supuestos de *stalking*, pues el nombre o el número de teléfono de la víctima pueden ser datos fácilmente accesibles para cuyo conocimiento no sea necesaria ningún tipo de autorización.

4. El futuro deseable en España

De lo indicado hasta el momento, en lo que atiende a las posibilidades de subsunción del *stalking* en nuestro Derecho penal positivo, se deriva que no existe precepto penal alguno en el texto punitivo que capte de forma generalizada el desvalor inherente a tales procesos. Ni en el articulado del Código penal actualmente en vigor ni en el propuesto mediante la reforma del mismo planteada por el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del CP de 2009, a pesar de transmitir cierta sensibilidad en la incriminación de algunos supuestos de acoso, existe un precepto específicamente incriminador de este tipo de conductas. No se nos oculta que existen distintos tipos penales que eventualmente pueden entrar en juego. Sin embargo, ya se ha indicado como todos ellos tienen una serie de limitaciones típicas que dificultan su aplicabilidad a los supuestos de *stalking*.

Ninguno de los tipos contemplados en el Código penal español tal como se hallan actualmente redactados ni como se intuye que lo estén tras la reforma en tramitación puede, pues, cumplir con el cometido de incriminar el *stalking* como proceso. Dicha función se está cumplimentando en la práctica, como se ha intentado demostrar, mediante el empleo del delito de coacciones, si bien con un proceder que recuerda más a la tarea de creación del Derecho que a la de su interpretación y que, por tanto, puede contradecir el principio de legalidad⁵⁹. Llegados a este punto, el de la posible ampliación *contra legem* del tipo de la coacción, dado que no parece que el mantenimiento de semejante *statu quo* sea deseable, las opciones que se plantean en lo tocante a la posible relevancia penal de los procesos de *stalking* son fundamentalmente

art. 264.2, añade en el núm. 3 del mismo, la tipicidad de la obstaculización o la interrupción del funcionamiento de un sistema informático. Tal como argumenta la exposición de motivos del Proyecto, conforme a la redacción propuesta por la Comisión de Justicia, en la incriminación de los delitos informáticos, para la cumplimentación de la Decisión Marco 2005/222/JAI, relativa a los ataques contra los sistemas de información, se han delimitado las conductas que implican un daño patrimonial de las que atentan contra la intimidad informática, demostrando también el interés del prelegislador en el mantenimiento de un estándar de seguridad informático en el que se observen los derechos de los usuarios, sin que, sin embargo, el inadecuado empleo de las nuevas tecnologías como instrumento a través del que acosar haya encontrado todavía reflejo en el articulado.

⁵⁹ No obstante, acerca del papel que puede desempeñar la jurisprudencia en países de tradición jurídica continental en orden a la consecución de la mayor certeza posible de lo punible, de la taxatividad, y, en definitiva, del papel que a ésta se pueda reconocer en la propia creación del Derecho, vid. GARCÍA ALBERO, "Nullum crimen sine lex certa?. Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad", en *Jueces para la Democracia*, 2008, nº 62, pp. 57 y ss.

dos. La primera de ellas consiste en mantener la actual positividad del Derecho penal español, esto es, seguir con la posibilidad de aplicar eventualmente los diversos tipos delictivos mencionados, ciñendo, eso sí, la aplicabilidad del delito de coacciones a los supuestos en que se emplee violencia física. La segunda supone plantear la adecuación de introducir un tipo penal incriminador de este tipo de conductas en nuestro ordenamiento, como parece comienza a ser tónica habitual incluso en países de tradición jurídica continental.

4.1. La incriminación de los supuestos de *stalking* sin previsión de tipo específico

La primera de las opciones, con ser más conservadora, evita el tan denostado expansionismo penal, pero entraña una serie de dificultades. De mantener una interpretación del tipo de las coacciones ajustada a su literalidad, y, por tanto, de renunciar a un tipo residual de contornos aplicativos apenas esbozados como el que actualmente constituye este delito, muchos de los procesos de *stalking* no alcanzarían relevancia penal, a pesar tanto de la grave afectación que puedan representar para la libertad de obrar de quien los padece cuanto de la general intromisión en la privacidad que los acompaña. A salvo de los supuestos en que tales conductas pudieran considerarse formas de ejercicio de violencia psíquica contra algunos de los sujetos específicamente mencionados en el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, las dificultades para tipificar los modelos conductuales de los *stalkers* en los delitos que protegen la libertad y la intimidad se han expuesto ya. Más allá de tales supuestos, sin embargo, la reconducción de tales conductas a los mencionados delitos no permite más que valorar cada uno de los episodios del proceso de acoso individualmente considerados, sin posibilitar una valoración conjunta del patrón conductual, que es justamente la perspectiva requerida para vislumbrar la dañosidad de tales conductas.

La actual situación no se intuye que vaya a cambiar demasiado de entrar finalmente en vigor la reforma del Código Penal que pretende operarse mediante el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de 2009. Ya se ha indicado como el referido Proyecto, con demostrar la sensibilidad del legislador respecto de la incriminación de algunos supuestos de acoso, como el laboral o el inmobiliario, e incluso de procesos de captación de menores mediante el empleo de las nuevas tecnologías –incriminación del denominado *child grooming*– que en ocasiones pueden ser cercanos a supuestos de *cyberstalking*, tampoco incluye un delito específicamente incriminador de tales conductas. Ciertamente podría facilitar la relevancia penal de algunos supuestos de *stalking* producidos en el ámbito laboral la inclusión del proyectado delito del art. 173.1, segundo párrafo, o de captaciones de datos informáticos protegidos pertenecientes a la víctima la ampliación propuesta de los tipos tuitivos de la intimidad informática. Con todo, el prelegislador no se plantea, por el momento, la inclusión de un tipo *ad hoc* para incriminar tales conductas. Ni siquiera se plantea, en un contexto, en el que incorpora modificaciones al delito de coacciones con el objeto de incriminar agravadamente algunos supuestos de *mobbing* inmobiliario, algo tan simple como la ampliación de los medios típicos del delito de coacciones, incluyendo la intimidación junto a la violencia. Con dicha modificación no sólo se sancionaría legalmente la actual interpretación jurisprudencial del tipo –aun cuando sin llegar a parificar a los típicos los supuestos de fuerza en las cosas que no impliquen intimidación–, concluyendo así con la actual práctica interpretativa que desborda el sentido literal posible de los términos

típicos, sino que además, en lo que al delito que nos ocupa se refiere, permitiría la incriminación de supuestos de *stalking* cuya gravedad viniera determinada por la efectiva afectación a la libertad de obrar de la víctima.

4.2. La inclusión de un tipo específico

La segunda de las opciones, la propuesta de creación de un tipo delictivo *ad hoc* en el que incriminar los supuestos de *stalking*, resultaría quizá la más adecuada, siempre que el tipo delictivo diseñado no condujera a la penalización de conductas que, por su nimiedad, debieran mantenerse extramuros del Derecho penal. La opción por dicha posibilidad constituye la más acorde con las tendencias observadas en países de nuestro entorno jurídico. Aunque, efectivamente, la adopción de dicha opción entraña el riesgo de hacer el juego a las ansias expansionistas de la intervención penal de las que hace gala la contemporánea política-criminal, con la consiguiente inobservancia de los principios de fragmentariedad y última ratio.

Tal opción no es, a todas luces, la que parece perfilarse atendida la reforma del Código penal en actual tramitación parlamentaria. Sin embargo, podría llegar a justificarse no sólo partiendo de argumentos relacionados con el merecimiento de pena, esto es, partiendo de la efectiva lesividad de las conductas de cuya incriminación se trata, sino también desde aproximaciones basadas en consideraciones que atiendan fundamentalmente a la necesidad de pena.

Partiendo de planteamientos que atiendan exclusivamente al merecimiento de pena, quizá convenga recordar que las conductas de acoso u hostigamiento reiterado que implican la prestación insidiosa de atenciones no deseadas pueden entrañar una trascendente limitación de la libertad de obrar. Ciertamente, cabe que este efecto no sea capaz de producirlo alguna llamada telefónica aislada desagradable, o el recibir algún regalo no deseado, pero sí puede provocarse mediante el merodeo insistente por lugares a los que la víctima acude, o en que mora, su seguimiento sin tregua, o el hecho de provocar llamadas telefónicas insistentes e intempestivas o intentos de comunicación constantes con aptitud para mostrar a la víctima que el *stalker* puede estar controlando su devenir vital. Resulta casi indudable, en suma, que la libertad de obrar de quien se siente controlado e incluso atemorizado por constituir persistente objetivo de la atención insidiosa de otro puede verse seriamente afectada.

Sin embargo, resultaría reduccionista pretender que la mera constatación de tal insidiosidad de la conducta es motivo bastante para incorporar un tipo *ad hoc*, sobre todo atendiendo a las escasas limitaciones que ha sido capaz de ofrecer el recurso al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos a las ansias expansionistas. Constatada la insuficiencia del concepto de bien jurídico para determinar los límites de la intervención penal, sentida la necesidad de que a consideraciones relacionadas con el merecimiento de pena ganen cada vez más peso aquéllas que tienen que ver con la necesidad de pena, cobran de cada vez más fuerza las posiciones que pretenden que la legitimidad de la intervención penal pasa por el establecimiento de un modelo de racionalidad propio de la legislación penal o, lo que viene a representar lo mismo, por el

diseño de una teoría de la legislación penal⁶⁰. En definitiva, la consecución de la racionalidad de la ley penal, que se identifica con la capacidad para elaborar en el marco del control social jurídico sancionador una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquélla incide⁶¹, pasaría por que su elaboración siguiera un *iter* previamente diseñado.

Partiendo de dicha base, conforme a los parámetros de la racionalidad ética, puede indicarse que resultaría racional la intervención del Derecho penal en punto a la incriminación del delito de *stalking* siempre que dicha conducta se considere gravemente lesiva, en el sentido de afectar sustancialmente a la convivencia social externa de todos los integrantes de la sociedad, y no solamente de los pertenecientes a un grupo de presión o a un colectivo, y cuando tal dañosidad pueda verificarse.

De considerarse racional la intervención del Derecho penal para la interdicción específica de este tipo de conductas, lo que necesariamente pasaría por la constatación empírica de la grave lesividad social que entrañan tales patrones conductuales – mediante el empleo de métodos de investigación propios de las ciencias empírico-sociales que nos informaran sobre la real trascendencia de dicho fenómeno en nuestra sociedad–, corresponde indicar cuáles convendría que fuesen los esenciales elementos conformadores de dicha hipotética nueva figura criminal.

Comenzando por cuál podría ser la mejor ubicación sistemática de un futuro delito de *stalking*, me inclinaría por su inclusión entre los delitos contra la libertad de obrar. Esto no solamente porque parece ser ese el interés que puede acabar viéndose comprometido en la mayor parte de supuestos de *stalking*, sino básicamente porque, a mi entender, la gravedad lesiva de tales conductas puede predicarse únicamente de aquellos supuestos en que efectivamente puede verse comprometida la libertad de obrar –ya de decidir, ya de ejecutar lo decidido– y no en aquellos en que únicamente puede verse afectada la tranquilidad o sosiego de la víctima, que muy probablemente no pudieran ser consideradas conductas gravemente lesivas para la generalidad. Se descarta la ubicación de un futuro delito de *stalking* entre los que lesionan la integridad moral porque se entiende que el acoso predatorio no debe suponer necesariamente un trato degradante para ganar relevancia penal, puesto que constituye un supuesto de acoso psicológico, pero no necesariamente moral.

En cuanto a la estructura típica del delito, se considera que el delito debería configurarse como un delito de aptitud, exigiendo como resultado del mismo la capacidad de la conducta descrita en el correspondiente tipo delictivo para menoscabar o limitar la libertad de obrar, mediante la generación de temor o de angustia emocional. El referente a tomar en consideración en orden a determinar que la conducta desempeñada posee la referida capacidad debería ser, necesariamente, una persona media colocada en la situación de la víctima. Se evitaría con ello hacer depender la relevancia penal de la conducta de la particular sensibilidad de una concreta víctima. Además, podría plantearse que la susceptibilidad de la conducta en orden a generar a una persona media temor en relación con su vida o integridad física o la de alguna

⁶⁰ En tal sentido, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 67 y ss.; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 49 y ss., y en particular pp. 145 y ss.

⁶¹ Así la caracteriza DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, op. cit., p. 86.

persona allegada pudiera operar como circunstancia agravante, lo mismo, por ejemplo, que la realización de la misma quebrantando una medida o pena de alejamiento.

En relación con el modo de describir la conducta típica, con el objeto de evitar contradicciones con el principio de taxatividad, se opta por el modelo europeo frente al modelo anglosajón de incriminación. Así, se consideraría positivo que, junto a la exigencia típica de que nos hallemos ante un patrón de conducta –sin determinar el número de ocasiones en que deben producirse intromisiones–, caracterizado por su insidiosidad, se incluyera un elenco de posibles formas de actuación típicas en casos de *stalking*, que bien podría cerrarse con una cláusula abierta, para evitar que pudieran caer fuera del tipo nuevas formas de acoso. Junto a la determinación de las conductas incluidas, considero que no debería hacerse referencia alguna a características específicas de los sujetos activo o pasivo o al móvil que guiase la conducta del sujeto activo. Debería, pues, evitarse cualquier otra muestra de Derecho penal sexuado que pudiese alentar el planteamiento de dudas acerca de la constitucionalidad del precepto.

Debe tenerse en cuenta que la inclusión de un tipo de las características del que se propone, podría entrañar el surgir de una copiosa cantidad de cuestiones concursales, dado que en los supuestos más graves de *stalking* sería perfectamente factible la comisión de otros delitos contra la libertad, la vida, la salud, el honor, la propiedad o la intimidad, sin ir más lejos. De ahí que el establecimiento de una cláusula concursal *ad hoc* que clarificase el régimen de concurrencia con esos otros tipos delictivos, e incluso de una cláusula de subsidiariedad expresa cuando se tratase de establecer la relación con otros modelos conductuales que puedan entrañar acoso psicológico –como el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar– podría resultar esclarecedora.

Finalmente, debería plantearse la oportunidad de compatibilizar un sistema de protección penal de las víctimas de este tipo de conductas con otros mecanismos menos incisivos, como la posibilidad de adoptar medidas de protección de carácter civil. De tal forma, junto a la posibilidad de prever un conjunto más completo de medidas tuitivas para con la víctima como el que se ha adoptado en otros países de nuestro entorno jurídico, así en el caso de Italia, partiendo del entendimiento de que sólo un abordaje integral –que incluya, por ejemplo, el tratamiento del *stalker*– puede atajar el problema⁶², o del articulado en Alemania en los supuestos de violencia familiar⁶³, se evitaría la criminalización a toda costa del tratamiento de este proceso de victimación. La posibilidad que aquí se apunta, esto es, el diseño de un sistema de medidas de protección de carácter civil que pudieran adoptarse sin necesidad de acudir a un proceso penal, pasaría por la inclusión de condiciones de perseguibilidad en el correspondiente delito –como el requerimiento de denuncia– mediante las que posibilitar la resolución del conflicto al margen del Derecho penal.

A modo de conclusión, en las líneas que preceden se defiende la inclusión de un tipo *ad hoc* incriminador del *stalking* sólo en caso de que la incidencia de dicho fenómeno en nuestra comunidad avale tal necesidad. Sin embargo, la reforma del Código penal que se avecina, con mostrar evidente sensibilidad respecto de la necesidad

⁶² Vid. CADOPPI, “Stalking: solo un approccio multidisciplinare assicura un efficace azione di contrasto”, en *Guida al Diritto*, núm. 7, 2007, pp. 10 y ss.

⁶³ Baste recordar aquí, por ejemplo, el marco protector civil creado por la *Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG)* alemana.

de incriminación específica de ciertas formas de acoso, así el laboral o el inmobiliario, no parece mostrar la misma disposición en punto a la incriminación del que aquí nos ocupa. Intuye quien esto suscribe que la ausencia de identificación del posible vacío punitivo en relación con el *stalking* puede venir más favorecida por la interpretación completamente desmesurada de la violencia en el delito de coacciones, que ha servido de paraguas incriminador, que por constituir un fenómeno con incidencia o lesividad menor que el acoso laboral o inmobiliario, cuya incriminación específica sí se plantea. Y sobre la base de dicha consideración, no puedo evitar preguntarme si el legislador no estará desperdiciando la oportunidad de dotar de relevancia penal a dichas conductas, si no se quiere a través de la inclusión de un tipo específico por considerarlo precipitado, sí al menos mediante la incorporación de la intimidación como medio comisivo en el delito de coacciones, dando con ello cobertura legal a una interpretación que ya se está produciendo.