
EL DELITO DE ACOSO O *STALKING* EN ESPAÑA

THE CRIME OF STALKING IN SPAIN

LE CRIME DE HARCÈLEMENT EN ESPAGNE

O CRIME DE PERSEGUIÇÃO EM ESPANHA

Fecha de Recibido: 12 de septiembre de 2019
Fecha de Aceptado: 4 de diciembre de 2019

38

Margarita Roig Torres¹

¹ Catedrática de Derecho penal. Universitat de València (España). Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto “Valoración de las recientes reformas adoptadas en los delitos de violencia de género” (AICO/2017/109), concedido por la Conselleria D’Educació, Investigació, Cultura i Esport, de la Generalitat Valenciana.

Resumen

La LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo el delito de acoso o *stalking* en el artículo 172 ter CP, pensando principalmente en las mujeres que sufren actos de hostigamiento por parte de sus exparejas. El legislador siguió el modelo del delito de persecución (*Nachstellung*) del § 238 StGB, aunque este precepto ha sido recientemente reformado, dejando de ser un delito de resultado para convertirse en un delito de idoneidad. No obstante, la regulación española ha prescindido de la cláusula analógica del precepto alemán, evitando la infracción del principio de seguridad jurídica. En cambio, nuestros órganos judiciales han interpretado este ilícito de un modo excesivamente flexible, castigando conductas que generan mera intranquilidad, violando el principio de intervención mínima.

Palabras clave

Acoso, *stalking*, violencia de género, violencia contra la mujer, *Nachstellung*.

Abstract

The Organic Law 1/2015, of March 30, introduced the crime of harassment or stalking in article 172 ter CP, thinking mainly of women who suffer acts of harassment by their former partners. The legislator followed the model of the crime of persecution (*Nachstellung*) of § 238 StGB, although this precept has been recently reformed, ceasing to be a crime of result to become a crime of suitability. However, the Spanish regulation has dispensed with the analog clause of the German provision, avoiding the infringement of the principle of legal security. On the other hand, our judicial bodies have interpreted this illicit act in an excessively flexible way, punishing behaviors that generate mere anxiety, violating the principle of minimal intervention.

Keywords

Harassment, stalking, gender-based violence, violence against women, *Nachstellung*.

Résumé

La LO 1/2015, du 30 mars, a introduit le crime de harcèlement ou de traque à l'article 172 ter CP, en pensant principalement aux femmes qui subissent des actes de harcèlement de la part de leurs ex-partenaires. Le législateur a suivi le modèle de l'infraction de harcèlement (Nachstellung) du § 238 StGB, bien que ce précepte ait été récemment réformé pour passer d'une infraction de résultat à une infraction d'aptitude. Toutefois, le règlement espagnol a renoncé à la clause analogique du précepte allemand, évitant ainsi la violation du principe de sécurité juridique. D'autre part, nos organes judiciaires ont interprété cette infraction de manière excessivement souple, en sanctionnant des comportements qui ne génèrent que des troubles, en violation du principe d'intervention minimale.

Mots clés

Harcèlement, traque, violence sexiste, violence à l'égard des femmes, Nachstellung.

Resumo

O LO 1/2015, de 30 de Março, introduziu o crime de assédio ou perseguição no artigo 172º ter CP, pensando principalmente nas mulheres que sofrem actos de assédio por parte dos seus ex-parceiros. O legislador seguiu o modelo do crime de perseguição (Nachstellung) no § 238 StGB, embora este preceito tenha sido recentemente reformulado, passando de uma infracção de resultado para uma infracção de idoneidade. No entanto, o regulamento espanhol dispensou a cláusula análoga do preceito alemão, evitando a violação do princípio da segurança jurídica. Por outro lado, os nossos órgãos judiciais interpretaram esta infracção de uma forma excessivamente flexível, punindo comportamentos que geram mera agitação, violando o princípio da intervenção mínima.

Palavras-chave

Assédio, perseguição, violência de género, violência contra as mulheres, Nachstellung.

CRÍTICAS DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, reguló por primera vez el delito de acoso o *stalking* en el artículo 172 ter CP. El legislador siguió las directrices del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011, conocido como el *Convenio de Estambul*²⁷, donde se establece la obligación de los estados miembros de tipificar los comportamientos amenazadores contra otra persona cuando se realicen en varias ocasiones y le lleven a temer por su seguridad²⁸.

En realidad, con su incorporación se quería proteger especialmente a las mujeres, como puso de manifiesto el Ministro de Justicia tras la aprobación del Anteproyecto de reforma²⁹ y como señaló, también, el Consejo General del Poder Judicial³⁰. Igualmente, tanto en la doctrina (Bueno de Mata, 2017, p. 103)³¹ como en la práctica judicial³² se subraya el predominio de estas conductas en el contexto de la violencia de género³³. De hecho, diversos estudios empíricos reflejan que estos actos los protagoniza mayoritariamente el hombre respecto a la mujer que es o ha sido su esposa o pareja sentimental (Villacampa Estiarte, 2009, p. 68).

²⁷ Ratificado por España el 27 de mayo de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014).

²⁸ Artículo 34. No obstante, según el artículo 78, las partes, en el momento de la firma, pueden reservarse el derecho a aplicar sanciones no penales.

²⁹ Nota de prensa del Ministerio de Justicia. (Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto6><http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto>).

³⁰ Véase, el «Encuentro taller sobre conclusiones extraídas de los últimos informes elaborados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Buenas prácticas judiciales», organizado por el Consejo General del Poder Judicial en 2013. (Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Formacion/Encuentro-Taller-sobre-conclusiones-extraidas-de-los-ultimos-informes-elaborados-por-el-Observatorio-contra-la-Violencia-Domestica-y-de-Genero--Buenas-practicas-judiciales---28--29-y-30-de-enero-de-2013->).

³¹ Igualmente, Delgado Martín, 2016, p. 25; Goikoechea Martín, 2016, p. 1; Gómez Rivero, 2011, p. 33; y, Magro Servet, 2015, p. 7.

³² Véase, por ejemplo, la SAP de Madrid 439/2017, de 30 de junio (F.J.5), la SAP de Madrid 491/2017, de 25 de julio (F.J.6), y el AAP de Murcia 774/2017, de 21 de septiembre (F.J.3).

³³ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dispone en su artículo 1º: *1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*

Ahora bien, desde que se creó este ilícito en el Anteproyecto de reforma³⁴, la redacción del artículo 172 ter CP ha suscitado numerosas críticas por parte de la doctrina. Pero la principal objeción reside en que a tenor de esa norma pueden castigarse acciones meramente incómodas, que no presenten la gravedad necesaria desde el principio de proporcionalidad (Álvarez García (Dir.) /Dopico Gómez-Aller, 2013, p. 574).

Precisamente, a la vista de las resoluciones judiciales recaídas en nuestro país se comprueba que se penalizan algunos hechos que simplemente producen intranquilidad o inquietud, o incluso que se estiman idóneos para causar estos efectos psicológicos o para influir negativamente en el ánimo de la víctima, lo que a mi juicio constituye una quiebra del principio de intervención mínima.

Esta postura dista sustancialmente de la mantenida en la práctica judicial alemana, pese a que, como se verá, el legislador español ha tomado como modelo el delito de persecución (*Nachstellung*) del § 238 StGB. Sin embargo, en ese país los tribunales han exigido para condenar que quede fehacientemente acreditado que como consecuencia de los actos de hostigamiento la persona acosada ha adoptado cambios importantes en sus hábitos o rutinas, estimándose insuficientes los perjuicios psíquicos. De todas formas, la Ley de mejora de la protección contra la persecución de 1 de marzo de 2017, modificó la redacción de ese precepto y actualmente basta que el comportamiento sea objetivamente adecuado para perturbar gravemente el estilo de vida de la víctima, pero no se precisa su alteración efectiva.

Esta regulación coincide con la tesis que venían manteniendo muchos de nuestros tribunales. Aunque el artículo 172 ter CP requiere que las conductas de acoso alteren gravemente el desarrollo de la vida cotidiana, entendían que para aplicarlo basta que la conducta sea idónea para provocar cambios en las pautas de actuación. De modo que realizaban una interpretación semejante a la que se ha implantado legalmente en Alemania con la reforma de 2017. Pero en nuestro país se observa una tendencia, incluso por parte del Tribunal Supremo, a valorar cada vez más los efectos psicológicos ejercidos sobre la víctima, y no sólo la gravedad de la conducta del autor y su aptitud para obligarle a variar sus costumbres.

En general, aunque el resultado típico requerido en ambos ordenamientos era el mismo, la jurisprudencia alemana ha sido mucho más restrictiva y ha aplicado

³⁴ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 10 de octubre de 2011.

el delito de persecución únicamente en supuestos muy graves con repercusiones importantes para el discurrir cotidiano de la persona afectada. En cambio, en España algunos tribunales han sancionado actuaciones bajo la presunción de que normalmente intranquilizan o inquietan a quien las sufre. En estos casos es donde se produce la infracción del principio de proporcionalidad.

EL ARTÍCULO 172 TER DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. INFLUENCIA DEL § 238 STGB

Artículo 172 ter CP:

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

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

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

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

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

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

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

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

REQUISITOS COMUNES

En España el artículo 172 ter CP se ubica en el capítulo “De las coacciones”³⁵, lo que, a mi juicio, es inadecuado teniendo en cuenta que según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se sancionan conductas que menoscaban gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima,

³⁵ Carmona Salgado señala que, quizá, con esta ubicación se huye de la indebida extensión interpretativa que al término violencia ha venido otorgando hasta ahora cierto sector de la jurisprudencia, cuando, en verdad, los límites de ese concepto normativo no deberían exceder de lo que penalmente solemos entender como *fuerza física sobre las personas*. Carmona Salgado, 2017, p. 138.

pero que no tienen encaje en las amenazas ni en las coacciones³⁶ Por lo tanto, regularlo como una modalidad de este ilícito resulta incoherente³⁷. Sería preferible dedicarle un capítulo independiente, dentro de los delitos contra la libertad, como se hace en Alemania, donde el § 238 StGB³⁸ se encuentra en el Capítulo 18, dedicado a los “Delitos contra la libertad personal”³⁹. Por otra parte, a partir de esa posición sistemática la doctrina mayoritaria alemana entiende que el objeto de tutela es la libertad de decisión y de actuación (Eisele, 2014, pp. 1579 y 1580)⁴⁰. En cambio, en nuestro país la alusión al sentimiento de seguridad ha llevado a castigar acciones que en algunos casos carecen de la entidad suficiente para la intervención del Derecho penal⁴¹.

En cuanto al tipo básico, el artículo 172 ter, apartado 1, CP castiga al que acose “a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado”, alguna de las conductas que se recogen a continuación. Por lo tanto, se usa el verbo acosar, mientras en el § 238 StGB se habla de perseguir. En la doctrina se ha criticado que se emplee en la descripción típica el propio concepto que se quiere definir⁴². Sin embargo, a diferencia del artículo 184 CP, que lleva por título “Del acoso sexual”, el artículo 172 ter CP

³⁶ Ampliamente, sobre la dificultad de sancionar las conductas de acoso en los tipos anteriores, GÓMEZ RIVERO, 2011, pp. 38 y ss. Carmona Salgado indica como posible explicación de este encuadre sistemático que tal vez es el “lugar menos inapropiado”, lo que le lleva a dudar sobre la “imperiosa necesidad político-criminal” de crear esta figura. Carmona Salgado, 2017, pp. 139 y 144.

³⁷ Censura esta ubicación, Alonso De Escamilla, 2013, p. 4.

³⁸ § 238 StGB. Persecución (*Nachstellung*).

1) “Será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una multa quien persiga a otra persona, de una manera no autorizada que sea adecuada para afectar gravemente su modo de vida, en cuanto de modo persistente:

1. busca la proximidad física de esta persona,
2. intenta contactar con esta persona mediante el uso de medios de telecomunicación u otros medios de comunicación o a través de un tercero,
3. utiliza abusivamente los datos personales de esta persona para realizar pedidos de bienes o servicios a nombre de esa persona o bien provoca que algún tercero entre en contacto con ella empleando dicho mecanismo,
4. amenaza a esta persona con lesionar la vida, integridad física, salud o libertad propia o de uno de sus parientes o cualquier otra persona cercana a ellos, o
5. comete otra conducta semejante.

2) Se impondrá pena de prisión de tres meses a cinco años si el autor pone a la víctima, un pariente de la víctima u otra persona cercana a la víctima en peligro de muerte o grave daño a la salud.

3) La pena será de entre uno a diez años de prisión si el delincuente causa la muerte de la víctima, o de otra persona cercana a la víctima.

En los casos a los que se hace referencia en el apartado 1, el delito solo se enjuiciará previa denuncia, a menos que la fiscalía considere necesario intervenir de oficio debido a especiales intereses públicos”.

³⁹ El § 238 StGB fue introducido por *Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen* (40. StrÄndG) vom 22. März 2007, *Bundesgesetzblatt Teil I 2007 Nummer 11* vom 30. März 2007 Seite 354-355. (Disponible en https://dejure.org/BGBI/2007/BGBI_I_S_354).

⁴⁰ También, Kubiciel/Borutta, 2016, pp. 194 y ss; y, Meyer, 2003, pp. 1579 y 1580.

⁴¹ Sobre los antecedentes legislativos internacionales y europeos de esta figura, Carmona Salgado, C. (2017) pp. 140 y ss.

⁴² Además, su uso se censura por la falta de consenso en cuanto a las características de esta conducta. Baucells Lladós, 2014, p. 6; y, Villacampa Estiarte, 2009, p. 1180. Con carácter general para las diferentes modalidades de acoso, ponía de relieve la excesiva amplitud y ambigüedad de este término, Muñoz Conde, 2011, p. 18.

no va encabezado por la denominación acoso, por lo que nada impide que se utilice en la definición típica. La palabra acosar tiene un significado propio, que implica perseguir a alguien o apremiarle de forma insistente y molesta⁴³, y, por lo tanto, puede emplearse al describir el tipo. Precisamente en Alemania se objeta que la expresión perseguir no es adecuada, porque esa persecución puede ser legítima, por ejemplo, en el caso de los periodistas (Fischer, 2012, p. 1583 y Kubiciel/Borutta, 2016, p. 194). Por eso, en el § 238 StGB se añadió la cláusula “sin estar legítimamente autorizado”, para no coartar la libertad de prensa (Fischer, 2012, pp. 1581 y 1582). Sin embargo, al copiar esa misma disposición en nuestro Derecho se introduce un elemento incomprensible porque el acoso siempre es ilegítimo y no puede ser autorizado (Acale Sánchez, 2013, p. 566)⁴⁴. De hecho, tanto el Consejo de Estado, como el Consejo Fiscal, en sus informes al Anteproyecto de reforma⁴⁵, proponían suprimirla, pero el legislador la conservó seguramente por esa influencia de la normativa alemana.

Además, el autor ha de llevar a cabo, alguna de las conductas descritas “de forma insistente y reiterada”. En este sentido, nuestros tribunales han declarado que “*el delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas... Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas...*” (SAP de Pontevedra 576/2017, de 8 de septiembre -F.J.4-).

45

Respecto a los actos, entiendo que no puede inferirse del artículo 172 ter CP la exigencia de un número específico⁴⁶. La actitud del autor tendente a persistir en su actitud de acoso, la afección del bien jurídico protegido y la producción del resultado ha de valorarse en cada caso concreto. Esta postura no es mantenida por algunos autores⁴⁷, que requieren cierta cantidad de acciones, a diferencia de los órganos judiciales que de forma unánime niegan que pueda precisarse de antemano, como declara la STS de la Sala 2ª -en Pleno- 324/2017, de 8 de mayo (STS 554/2017, de 12 de julio -F.J.4-)⁴⁸. También en Alemania, donde el § 238

⁴³ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, acosar significa “perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona” (significado 1º), o “apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos” (significado 3º).

⁴⁴ Álvarez García (Dir.)/Dopico Gómez-Aller (Coord.), 2013, pp. 570 y ss; Magro Servet, 2015, p. 15; Matallín Evangelio, 2015, p. 587; Muñoz Conde, 2017, p. 149; Peramato Martín, 2017, p. 7; y, Villacampa Estiarte, 2009, p. 585. No obstante, en España alude a la actividad de los periodistas, TAPIA BALLESTEROS, 2016, p. 152.

⁴⁵ Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 27 de junio de 2013. (Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>); e, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012, p. 144. (Disponible en <https://www.uv.es/limprot/boletin10/cf.pdf>).

⁴⁶ Entre otros, Alonso de Escamilla, 2013, p. 2.

⁴⁷ Requiere al menos tres actos de vigilancia o persecución, Matallín Evangelio, 2015, p. 583; y más de tres hechos, Muñoz Conde, 2017, p. 149.

⁴⁸ También, la SAP de Ceuta 14/2017, de 14 de marzo (F.J.3), y SAP de Pontevedra 576/2017, de 8 de septiembre (F.J.4).

StGB prevé que la conducta ha de ser persistente, el Tribunal Supremo señala que no se pueden concretar *a priori* las acciones necesarias. Lo esencial, a su juicio, es que el comportamiento denote una obstinación particular expresada en el delito y una mayor indiferencia del delincuente a la prohibición legal (Tribunal Supremo alemán -BGH 3 StR 244/09-). Igualmente, la doctrina destaca la permanencia o duración y la perseverancia del autor (Eisele, 2014, p. 2281).

Por otra parte, el artículo 172 ter CP indica que el sujeto activo ha de llevar a cabo el acoso a través de “alguna de las conductas siguientes”. Pero a mi modo de ver esto no implica que no puedan combinarse varias de ellas⁴⁹. De lo contrario, se brindaría al infractor la posibilidad de eludir el castigo simplemente cambiando su forma de acosar. Por eso, los tribunales vienen apreciando el delito, aunque las acciones desplegadas no sean las mismas, como declara la citada STS de la Sala 2ª -en Pleno- 324/2017, de 8 de mayo (F.J.4)⁵⁰.

CONDUCTAS TÍPICAS

El artículo 172 ter CP regula en cuatro números las posibles conductas típicas. Se ha eliminado el número 5 previsto en el Anteproyecto de reforma del Código penal, donde se castigaba a quien “realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores”⁵¹, reproduciendo la cláusula del número 5 del § 238.1 StGB. Pero se acogieron las enmiendas formuladas en el Congreso, por vulnerar la analogía *in malam partem*⁵² y en la versión definitiva de LO 1/2015, de 30 de marzo, no se recoge ese número.

En Alemania, esa disposición se incorporó con el propósito de abarcar las nuevas modalidades comisivas que puedan crearse mediante el desarrollo tecnológico (Fischer, T. (2012) p. 1581). Pese a ello, ha sido ampliamente criticada tanto por la doctrina como por los tribunales, que han cuestionado incluso su constitucionalidad, por infringir la exigencia de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad del § 103.2 de la Ley Fundamental (Kühl, 2011, p. 1094)⁵³. Por eso, el Gobierno alemán eliminó esa norma en el Proyecto de reforma⁵⁴ que culminó en la Ley de 1 de marzo de 2017. Sin embargo, algunos expertos pusieron de relieve que su supresión impediría castigar acciones equivalentes a las reguladas: anuncios falsos de muerte o matrimonio, manipulación en redes sociales (por ejemplo, aparecer bajo el nombre de la

⁴⁹ De igual opinión, Carpio Briz, 2015, p. 627. De otra opinión, Matallín Evangelio, 2015, p. 582.

⁵⁰ En el mismo sentido, Tribunal Supremo alemán 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09).

⁵¹ Aplauda esta supresión, Carmona Salgado, 2017, p. 153.

⁵² Enmienda nº 472 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), Enmienda nº 554 del Grupo Parlamentario Unió, progreso y Democracia, y Enmienda nº 670 del Grupo Parlamentario Socialista.

⁵³ También (Sentencia Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09)). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

⁵⁴ (Disponible en <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/099/1809946.pdf>).

víctima), dejarle cerca ciertos objetos (excrementos, cadáveres de animales, etc.), usar programas espía o monitorizar equipos, etc.⁵⁵. A la vista de estos informes, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Protección del Consumidor recomendó conservar dicho precepto⁵⁶ y esta propuesta se trasladó a la versión definitiva de la Ley de 1 de marzo de 2017, que mantuvo el número 5 del § 238.1 StGB.

En este punto el legislador español sí ha corregido la regulación alemana, impidiendo la interpretación analógica perjudicial respecto a un conjunto de conductas que por su amplitud habría dado lugar a una disposición abiertamente contraria a la exigencia de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad (Carmona Salgado, 2017, p. 152)⁵⁷.

En el número 1 del artículo 172 ter, apartado 1 CP, se castiga a quien vigile, persiga, o busque la cercanía física de la persona acosada (Matallín Evangelio, 2015, p. 583)⁵⁸. Esta norma es más amplia que la del § 238.1.1 StGB, que sólo sanciona la última conducta. Además, la redacción de este precepto se ha restringido con la reforma de 2017, puesto que antes el tipo hablaba de cercanía espacial, de modo que con el nuevo tenor se requiere aproximación personal (Kühl, 2011, p. 1093)⁵⁹. Pues bien, en nuestro ordenamiento algunos tribunales han estimado que se requiere proximidad física o que la víctima perciba ópticamente al autor (SAP de Burgos 170/2017, de 26 de mayo -F.J.2-). En cambio, otros entienden que cabe la observación a distancia y a través de dispositivos electrónicos GPS o cámaras de video vigilancia (SJ Instrucción de Tudela de 23 de marzo de 2016 -F.J.1-)⁶⁰. En la medida en que la búsqueda de cercanía física, la vigilancia y la persecución se prevén de forma separada, entiendo que se han de admitir formas de vigilancia que no requieran aproximación física⁶¹. Ahora bien, para que estos actos influyan en la persona acosada ha de conocerlos (por ejemplo, porque el acosador le envíe grabaciones o las cuelgue en internet, o porque le informen terceros, etc.), y, además, han de contribuir a alterar su vida cotidiana.

⁵⁵ Los informes de los expertos acerca del proyecto de reforma pueden consultarse en <https://kripoz.de/Kategorie/gesetzentwuerfe/stalking/>.

⁵⁶ Tramitación parlamentaria disponible en <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/762/76261.html>.

⁵⁷ Curiosamente, la exigencia de su derogación sólo fue recogida en el informe presentado por la FGE, y no así, en cambio, en el del CGPJ, que mantuvo la conveniencia de su mantenimiento, siguiendo las pautas germánicas.

⁵⁸ Consideran que la conducta consistente en la búsqueda de cercanía física vulnera el principio de taxatividad, Matallín Evangelio, 2015, p. 583; y, Miró Llinares, 2015, p. 5.

⁵⁹ Entre otros, Krack/Kische, 2010, pp 734 y ss.

⁶⁰ Mantiene esta opinión, Rodríguez Laín, 2016, p. 29; y, Peramato Martín, 2017, p. 5. Entiende, en cambio, que es necesaria vigilancia física, Magro Servet, 2015, p. 21. Plantea el recurso a detectives privados, Muñoz Conde, 2017, p. 149.

⁶¹ Critica la equiparación de estas conductas, Tapia Ballesteros, 2016, p. 160.

En el número 2 se sanciona a quien establece o intenta establecer contacto con la persona acosada a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. La redacción es más precisa que la del § 238.1.2 StGB, donde se penaliza únicamente a quien intenta contactar con la persona perseguida, aunque obviamente el contacto efectivo se estima implícito en el tipo. En la jurisprudencia alemana se han considerado punibles, por ejemplo, el envío de objetos al domicilio de la víctima, la remisión de cartas (Sentencia Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 2012 -BGH 4 StR 417/12-), llamadas telefónicas no respondidas (Fischer, 2012, p. 1585), mensajes de whatsapp, de texto, correo electrónico (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18 de julio de 2013 -BGH 4 StR 168/13-), etc. También en España se han castigado por esta vía, las llamadas reiteradas y el envío de cartas (SAP de León 1101/2017, de 20 de octubre -F.J.1-), fotos (SJ Instrucción de Tudela de 23 de marzo de 2016 -F.J.1-), regalos, incluso a través de un tercero (SAP de Alicante, 334/2017, de 12 de septiembre -F.J.1-), las amenazas de suicidio (SAP de Castellón 261/2017, de 13 de octubre -F.J.1-), mensajes en el contestador automático (SAP de Ceuta 14/2017, de 14 de marzo -F.J.3-), correos electrónicos (SAP de A Coruña 416/2017, de 13 de octubre -F.J.1-), etc.

No obstante, en nuestro Derecho se ha censurado la equiparación penológica entre la tentativa y la consumación (Alonso de Escamilla, 2013, p. 6). Pero no hay que olvidar que el resultado delictivo no lo integra el mero contacto sino la alteración grave de la vida cotidiana, de modo que el intento de contacto no es una tentativa en sentido técnico. Y para producir esa alteración pueden ejercer la misma influencia los intentos reiterados de contactar con la víctima que el contacto efectivo. Por lo tanto, no me parece que se produzca un quebranto del principio de proporcionalidad ni de las reglas generales de la tentativa.

En el número 3 se incrimina al que, mediante el uso indebido de datos personales de la víctima, adquiere productos o mercancías, o contrata servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. Es también una copia del § 238.1.3 StGB. A mi juicio, la exigencia de que el autor lleve a cabo la conducta de forma insistente y reiterada supone bien que repita esta acción, o bien que la realice en conjunción otras. De manera que, quien utilice indebidamente datos personales de la víctima una única vez, aunque con ello consiga que numerosas personas contacten con ella, no realizará el delito⁶². No lo entiende así el Consejo Fiscal, que en su informe al Anteproyecto de reforma del Código penal (Informe del Consejo Fiscal, 2012, pp. 144 y 145)⁶³ estimaba punible esa actuación individual.

⁶² Entiende que esta conducta sí es sancionable, Peramato Martín, 2017, p. 6. Por otra parte, plantea la posibilidad de castigar como autoría mediata, Tapia Ballesteros, 2016, p. 184.

⁶³ De igual parecer, Peramato Martín, 2017, p. 6.

En este sentido, por ejemplo, la SAP de Lugo 122/2017, de 28 de junio, absolvió al acusado que introdujo el correo electrónico de la afectada en varias páginas de contactos provocando infinidad de mensajes, puesto que faltaba el patrón de conducta sistemático de acoso⁶⁴.

En el número 4 se pena a quien atente contra la libertad o contra el patrimonio de la persona acosada u otra persona próxima a ella. Esta norma sí dista sustancialmente del § 238.1.4 StGB, que prevé la conducta de amenazar a la víctima con lesionar la vida, integridad física, salud o libertad propia o de uno de sus parientes u otra persona cercana a ellos. No obstante, si las amenazas revisten cierta gravedad la jurisprudencia aplica las reglas del concurso de leyes (Kühl, 2011, p. 1093). Las amenazas contra otros bienes son punibles en virtud de esta figura, que al igual que los demás delitos cometidos durante el *Nachstellung* (injurias, daños, etc.) se castigan en concurso ideal con el § 238 StGB (Eisele, 2014, pp. 2288 y 2289).

Por el contrario, el artículo 172 ter CP no contempla las amenazas entre las conductas típicas. Pese a ello, a mi modo de ver la solución correcta es la adoptada en Alemania, puesto que ambos delitos protegen la libertad de decisión de la víctima. De manera que se deben entender consumidas en el acoso si son menores y castigarlas por los tipos de amenazas si revisten gravedad. En este caso, se aplicará un concurso real de delitos, según el apartado 3, si hay otros actos de acoso graves además de las amenazas, pero no se penarán por los dos tipos porque se infringiría el principio *non bis in idem*.

En realidad, los tribunales españoles aplican esta solución, de modo que las amenazas menores se incluyen en el acoso (por ejemplo, reclamar un pago no debido y amenazar con denunciar si no se cumple) (SAP de León 1101/2017, de 20 de octubre -F.J.1-), y las más graves se castigan en concurso real (SAP de Pontevedra 66/2017, de 31 de marzo -F.J.1-).

En cambio, en el número 4 se tipifican los atentados contra la libertad y contra el patrimonio⁶⁵. La libertad se ha de referir a la de movimiento, al igual que se interpreta en Alemania (Kühl, 2011, p. 1093), puesto que la de decidir y de actuar son el objeto de tutela del artículo 172 ter CP. Por otra parte, el legislador señala que el nuevo tipo de acoso da respuesta a los supuestos no inscribibles en

⁶⁴ Dice el tribunal que “*se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente anecdótico o coyuntural, pues en este caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima*”. (SAP de Lugo 122/2017, de 28 de junio -F.J.2-).

⁶⁵ Critica la protección de bienes tan diversos, Carmona Salgado, 2017, pp. 170 y ss.

las amenazas ni las coacciones⁶⁶. En consecuencia, esas ofensas a la libertad comprendidas en el acoso, en principio, no son las constitutivas de estos delitos. El problema a la hora de interpretar el número 4 del apartado 1 es su conciliación con el apartado 3, en el que se dispone la punición separada de los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. Los ataques a la libertad y al patrimonio incluidos en el número 4 deberían ser hechos menores⁶⁷, como una breve retención o unos daños insignificantes. Si son graves, y se aprecian en el acoso y, además, en otra figura, se vulnera el principio *ne bis in idem*.

Efectivamente, los órganos judiciales españoles han mantenido esta interpretación y hechos como romper el retrovisor de un vehículo, o pinchar una rueda, se han descrito como actos de hostigamiento, pero no han dado lugar a una penalidad separada (SAP de Burgos 170/2017, de 26 de mayo).

En Alemania, además de la cláusula analógica del número 5 del § 238.1 StGB se prevén dos tipos agravados. En el apartado 2 se incrementa la pena si el autor pone a la víctima, un pariente u otra persona cercana a ella en peligro de muerte o grave daño a la salud. En el apartado 3 cuando el delincuente causa la muerte de alguna de esas personas. Esta norma se ha aplicado cuando debido a los actos de acoso la persona afectada se suicida (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 15 de febrero de 2017 -BGH 4 StR 375/16-). El artículo 172 ter CP no recoge estas ofensas, omisión que tachó de injustificada el Consejo de Estado en su Informe al Anteproyecto. Por lo tanto, regirá la regla concursal del apartado 3 y esos hechos se castigarán en concurso real con el acoso.

PENALIDAD Y PERSECUCIÓN

La penalidad prevista para el tipo básico del artículo 172 ter CP es prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses. El § 238.1 StGB establece una pena de prisión de hasta tres años o multa. Esta sanción mayor se corresponde con la interpretación rigurosa que vienen haciendo los tribunales, apreciando el delito sólo cuando se acreditan actos graves de hostigamiento y repercusiones importantes en las circunstancias de la vida externa (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 2012 -BGH 4 StR 417/12-). De hecho, algún autor critica la inaplicación del *Nachstellung* a hechos que presentan cierta similitud con algunos que en España sí han dado lugar al delito de acoso⁶⁸. En nuestra práctica judicial se sancionan hechos menores, debido a

⁶⁶ Es partidario de mantener la criminalización del acoso en las amenazas y coacciones, de modo que sólo sean típicas las objetivamente adecuadas para alterar la libertad de decidir o la libertad de obrar, Baucells Lladós, 2014, p. 12.

⁶⁷ Propone la supresión de este apartado, Carmona Salgado, 2017, p. 173.

⁶⁸ En un caso, el autor realizó multitud de mensajes y llamadas, que determinaron a la víctima a cambiar temporalmente de residencia. En otro, la acusada envió numerosos mensajes con contenido sexual y visitó en reiteradas ocasiones el trabajo y la vivienda de la persona perseguida, dejándole incluso prendas en su interior, lo que llevó al afectado a adoptar medidas para evitarla, viviendo en un clima de amenaza constante que tuvo repercusiones en su salud. Krüger, 2010, pp. 546 y 547.

que se hace una lectura excesivamente flexible del resultado típico. Pese a que el artículo 172 ter CP requiere que el sujeto activo “altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana”, con tenor semejante al del § 238 StGB antes de la reforma de 2017, se estima suficiente que la víctima se haya visto afectada psíquicamente, o incluso que la acción sea adecuada para ello. Por eso, la menor sanción resulta proporcionada, teniendo en cuenta que el apartado 3 obliga a castigar las acciones delictivas aparte.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena es de prisión de seis meses a dos años⁶⁹. Lo llamativo es la diferencia que se establece con la cualificación aplicada a las personas del artículo 173.2 CP⁷⁰, donde se incrementa la pena de prisión, que pasa a ser de uno a dos años, elevando el mínimo, pero curiosamente se añade la de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días⁷¹.

Sin embargo, la defectuosa técnica legislativa se pone de manifiesto cuando concurren las dos causas de agravación, porque la víctima vulnerable es alguna de las enumeradas en el artículo 173.2 CP. En estos casos parece que debe primar esta norma, puesto que la pena de prisión es mayor. Pero como contrapunto se permite aplicar trabajos en beneficio de la comunidad, que el legislador no quiso contemplar para las personas vulnerables. Es fácil ver que la solución más racional es imponer la prisión señalada en ese precepto para las personas pertenecientes al ámbito doméstico. Pero ni siquiera las reglas de concurso de leyes aportan una solución. De acuerdo con el principio de alternatividad del artículo 8.4 CP, el juzgador puede decantarse por el artículo 173.2 CP, que recoge la pena de prisión superior, o por el tipo previsto para los inimputables, que no prevé la de trabajos.

En estas disposiciones el artículo 172 ter CP se aparta del § 238 StGB creado en 2007, que no recogió estas cualificaciones, ni las ha incorporado tampoco con la reforma de 2017, seguramente porque en la práctica judicial no se plantean supuestos que afecten a esas personas, salvo los casos comunes de exparejas. En

⁶⁹ Esta disposición no figuraba en el Anteproyecto, pero se añadió por recomendación del Consejo General del Poder Judicial. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, p. 145.

⁷⁰ Artículo 173 CP: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien 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 sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados...”.

⁷¹ Considera innecesaria esta cualificación, por ser suficientes las agravantes genéricas. Carmona Salgado, 2017, pp. 176 y 177.

realidad, el Convenio de Estambul sólo obliga a tipificar determinadas conductas que recaen en la mujer o en los parientes, entre ellas el acoso. Pero una vez reguladas no dispone que, además, se agrave la pena cuando el comportamiento se dirija frente a ellos.

En el apartado 3 del artículo 172 ter CP se dispone 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 norma determina la aplicación de las reglas del concurso real (Cuerda Arnau, 2016, p. 176). La solución adoptada es distinta a la aplicada en Alemania, donde el § 238 StGB no contiene ninguna regla concursal específica, de modo que rigen las normas generales del concurso de leyes y de delitos.

Finalmente, el apartado 4 dispone que los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. En este punto, nuestra legislación aventaja a la alemana, puesto que hasta la reforma de 2017 el *Nachstellung* era un delito privado que sólo se perseguía a instancias del agraviado y no del Fiscal, salvo que hubiera un interés público extraordinario (EISELE, 2014, p. 2289). No obstante, esa ley ha suprimido este ilícito del catálogo de delitos privados previstos en la ley procesal (§ 374 StPO), manteniéndose únicamente la necesidad de denuncia.

Por otra parte, el artículo 172 ter, apartado 2 CP, excluye la exigencia de denuncia cuando la persona ofendida sea alguna de las protegidas en el artículo 173.2 CP, excepción que resulta lógica teniendo en cuenta que el especial vínculo que existe entre las partes y la presión psicológica que padece la víctima pueden llevarla a no denunciar, bien por temor, o por pensar que el hostigamiento forma parte de su esfera privada⁷².

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RESULTADO

La Ley de mejora de la protección contra la persecución (*Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen*) de 1 de marzo de 2017 introdujo una diferencia fundamental entre el artículo 172 ter CP y el § 238 StGB en cuanto al resultado. El artículo 172 ter, apartado 1 CP, requiere que la conducta realizada sobre la persona acosada, “altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”, configurando el tipo como un delito de resultado (Carmona Salgado, 2017, p. 160). Igualmente, antes de la reforma el § 238, apartado 1, StGB precisaba la producción de un “deterioro grave en el estilo de

⁷² Esta disposición se introdujo a propuesta de varias enmiendas presentadas en el Congreso, en las que se argumentaba que el espíritu de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género, así como toda la legislación en la materia, no eran coherentes con ese requisito de denuncia. (Enmienda nº 554 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, y Enmienda nº 670 del Grupo Parlamentario Socialista).

vida" (*Schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung*). A partir de esta cláusula, en la jurisprudencia se exigía que el acoso provocase alteraciones importantes en el comportamiento externo de la víctima (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 -BGH 3 StR 244/09-). Como ejemplos se citaban hechos como, cambiar de domicilio, o de trabajo, tomar precauciones especiales al salir de casa o de noche, o renunciar a actividades de ocio (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 -BGH 3 StR 244/09-). En consecuencia, los perjuicios psicológicos no eran suficientes para estimar producido el resultado. Sin embargo, esta regulación fue censurada tanto por la doctrina (Müller, 2016) como por la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 -BGH 3 StR 244/09-), en la medida en que se supeditaba el castigo a la reacción de la parte agraviada, en lugar de cifrar el injusto en la gravedad de la conducta del autor.

Pues bien, la Ley de reforma de 2017 modificó el tipo básico regulado en el apartado 1 del § 238 StGB y suprimió ese requisito. De modo que no es necesario que la conducta haya alterado efectivamente el estilo de vida de la víctima, sino que basta que sea adecuada para ello. Por lo tanto, ha dejado de ser un delito de resultado (*Erfolgsdelikt*) y se ha convertido en un delito de idoneidad (*Eignungsdelikt*).

En cambio, en España se mantiene el resultado. El artículo 172 ter CP fue introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, cuando todavía no se había publicado el Proyecto de reforma alemán de 12 de octubre de 2016, lo que explica que la redacción de este elemento coincida en lo esencial con la versión original del § 238 StGB.

Ahora bien, en nuestro sistema no se ha precisado con suficiente nitidez cuándo existe una alteración grave de la vida cotidiana, y en concreto si implica una modificación de las pautas de actuación externas, como se exigía en Alemania, o si concurre también cuando se produce una perturbación psicológica seria. En este punto las resoluciones judiciales son discordantes.

En algunas sentencias se niega la aplicación del artículo 172 ter CP por no haberse acreditado el resultado típico, que se interpreta como una toma de medidas efectivas (SAP de Teruel 532/2017, de 4 de octubre -F.J.4-, (SAP de Baleares 53/2018, de 7 de febrero -F.J.2-), (SAP de Navarra 72/2018, de 26 de marzo -F.J.4-). Se enumeran algunos ejemplos: cambiar de cerradura, dejar de ir por el itinerario habitual de casa al trabajo, renunciar a zonas de ocio, cambiar de residencia o domicilio, de número de teléfono o simplemente dejar de salir de casa para relacionarse (SAP de Lugo 68/2017, de 28 de junio -F.J.2-); variar

los hábitos, horarios, lugares de paso, cuentas de correo electrónico, etc. (SAP de Madrid 491/2017, de 25 de julio -F.J.6-).

En cambio, en otros casos se precisa la adecuación objetiva de la conducta para provocar una modificación en las pautas de actuación externa de la persona acosada, pero sin requerir su alteración efectiva (SAP de Pontevedra 576/2017, de 8 de septiembre -F.J.4).

El Tribunal Supremo, en la sentencia 324/2017, de 8 de mayo, adoptada por la Sala 2ª en Pleno, declaraba lo siguiente:

“Globalmente considerada no se aprecia en esa secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar..., la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...). No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación, pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica...) que no pueden ser totalmente orilladas”.

Por lo tanto, precisa la idoneidad del acoso para provocar el resultado típico, que entiende en sentido objetivo como alteración de las pautas de actuación. De esta forma, aunque el tipo del artículo 172 ter CP mantiene su naturaleza de delito de resultado, realiza una interpretación del delito próxima a la que se ha plasmado en el § 238 StGB tras la reforma de 2017.

Sin embargo, en numerosas resoluciones se considera suficiente para apreciar esa alteración grave de la vida cotidiana que la víctima haya sufrido temor, perturbación o inquietud⁷³. Incluso, en muchas de ellas se estima que basta la aptitud del acoso para producir estos efectos. Así, se afirma que la comunicación o aproximación no querida ha de ser “*susceptible de generar algún tipo de repercusión en la víctima, que mayoritariamente se identifica con la producción de desasosiego o temor*” (SAP de Madrid 745/2017, de 28 de septiembre -F.J.3-), “*se requiere un resultado de perturbación o inquietud*” (SAP de Madrid 344/2017, de 20 de junio -F.J.4-), o “*como mínimo nerviosismo*” (SAP de Vizcaya 90146/2017, de 28 de abril -F.J.1-).

⁷³ De esta opinión, Rodríguez Laín, 2016, p. 5.

El propio Tribunal Supremo en la sentencia 554/2017, de 12 de julio, se apartó sensiblemente de la anterior de Pleno y se orientó en esta dirección:

“Por tanto, se está ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido. En definitiva..., que causen una alteración grave de su vida cotidiana... El análisis de cada caso concreto, a la vista de las acciones desarrolladas por el agente con insistencia y reiteración, y por otra parte a la vista de la idoneidad de tales acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima nos conducirá a la existencia o no de tal delito de acoso... En relación a la consecuencia de haberse producido una grave alteración de la vida cotidiana..., se puede afirmar que existió..., como la patentizó la propia defensa del recurrente..., al reconocer que Graciela tuvo que pedir una orden de alejamiento del recurrente... No se está ante una mera molestia o incomodidad que, por emplear los términos de la STS 324/2017 ya citada, quedaría fuera de los "linderos de la tipicidad", por el contrario, se está ante el delito de acoso del art. 172 ter CP..., por la capacidad de generar temor condicionando la vida de la víctima como lo acredita la orden de alejamiento citada...”⁷⁴.

En este caso, define el resultado como una alteración grave de la vida y la tranquilidad de la víctima. En coherencia con ello, requiere únicamente la idoneidad de la conducta para generar temor condicionando la vida de la persona acosada y no para determinar cambios en las circunstancias externas. Esta línea interpretativa, que se centra en la influencia psíquica responde, como indica esta resolución, al bien jurídico protegido que, según expresa el legislador, es la libertad y el sentimiento de seguridad.

No obstante, la diferente interpretación efectuada por los tribunales alemanes y españoles evidencia que la exigencia de un cambio en las circunstancias externas, frente a la pura constatación de una perturbación psíquica o de la aptitud de la actuación para producirla, ha hecho que los casos condenados en Alemania revistan, en general, una mayor gravedad que los sancionados en nuestro país.

Por ejemplo, en Alemania se negó la aplicación del § 238 StGB a un acusado que realizó una cantidad considerable de llamadas a su expareja y le dejó multitud de mensajes telefónicos. La mujer cambió su número de teléfono, abandonó su casa y alquiló una habitación durante una semana, y dejó de utilizar un apartamento, salvo cuando iba acompañada, además de sufrir efectos psicológicos a raíz de esos hechos (Sentencia del Juzgado de instrucción (AG)

⁷⁴ Reproduce esta argumentación, la SAP de Alicante 721/2017, de 16 de noviembre (F.J.3).

de Löbau de 17 de abril de 2008 -5 Ds 440 Js 1612/07, StV 2008, 646-). Igualmente, se estimó que no se habían acreditado cambios sustanciales en la forma de vida externa que permitieran apreciar el delito de persecución, pese a que en los hechos probados de la sentencia impugnada se recogían múltiples actos de acecho (seguimiento con el coche, envío masivo de cartas, visitas al lugar de trabajo y al domicilio...) y perjuicios psíquicos serios, con tratamiento farmacológico. Además, constaban modificaciones de las circunstancias externas, con bajas laborales y adopción de medidas frente al acosador (llamar a los vecinos antes de regresar a casa para comprobar que no estaba, no salir sola y renunciar a actividades de ocio) (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 2012 -BGH 4 StR 417/12-).

Estas sentencias contrastan con algunas recaídas en la práctica judicial española, en las que se condena pese a no recogerse ninguna alteración en las rutinas de la víctima.

Así, se anuló el auto de archivo de una causa en la que consta que la denunciante había recibido numerosas llamadas telefónicas y requerimientos de pago de una deuda inexistente, amenazándola con que si la denunciaban tendría que abonar las costas judiciales. Pero no se indica ningún efecto de estos actos, ni de carácter psicológico ni un cambio de hábitos por parte de la destinataria (SAP de León 1101/2017, de 20 de octubre -F.J.1-).

De igual modo, se desestimó el recurso interpuesto por el condenado por un delito del artículo 172 ter CP, en el que alegaba que la propia denunciante, su exesposa reconoció no tenerle miedo y no se produjo una alteración grave en el desarrollo de su vida cotidiana. La condena se basa en los hechos de hostigamiento, consistentes en el envío de numerosos mensajes de whatsapp, llamadas telefónicas y frases humillantes (SAP de Teruel 23/2017, de 21 de junio -F.J.1-).

Asimismo, se consideró delito el envío por el autor a su ex pareja de cientos de mensajes de móvil. Dice el tribunal que estos hechos objetivamente valorados y analizados en su conjunto integran el artículo 172 ter CP. Curiosamente, añade que esta conducta se ha visto acompañada de expresiones susceptibles de incidir negativamente en el ánimo de la destinataria. Concluye que esas comunicaciones crearon en la víctima una grave alteración en su desarrollo vital, pero sin especificar datos concretos, por lo que se refiere a la influencia psíquica que presupone en este tipo de actos (SAP de Alicante 176/2017, de 10 de marzo -F.J.1-).

También se mantuvo la condena de la acusada que mandó numerosos mensajes al teléfono de su exmarido, sin que se exprese en la sentencia ningún cambio en

el desarrollo de la vida del afectado. El tribunal argumenta que, para cualquier observador imparcial, esa permanente, desordenada, dilatada, exagerada y no justificada remisión de mensajes y comunicaciones telefónicas no puede asumirse con normalidad y sin perturbación, ni obedecer a otro ánimo que el de inmiscuirse en la vida del receptor más allá de los límites tolerables, causando una intranquilidad en éste y un desasosiego objetivamente perceptible y rechazable (SAP de Madrid 344/2017, de 20 de junio -F.J. 1 y 4-).

De igual forma, se recoge como justificación de este delito que el autor, después de conocer a la denunciante, comienza a hacerle llamadas telefónicas, le envía mensajes de whatsapp, así como fotografías y finalmente comienza a remitirle mensajes de contenido sexual, alterando la normal vida de la denunciante. Esta perturbación se refiere a la presión psicológica que cabe deducir de estos hechos.

En otra resolución se confirma la pena del recurrente que tras el divorcio realizó actos de acoso hacia su exesposa. Intentó ponerse en contacto con ella de modo reiterado, creando grupos de whatsapp cuando ella lo bloqueaba, le envió regalos a su trabajo y aprovechó para cenar con la familia de ella mientras ésta dormía. Se afirma en el fallo que consiguió provocar un gran temor en la acosada, viéndose afectado el desarrollo de su vida cotidiana e incluso su actividad laboral (SAP de Madrid 439/2017, de 30 de junio -F.J.1-).

En estos casos llama la atención, además, la escueta fundamentación relativa al resultado, a diferencia de la minuciosidad exigida en la jurisprudencia alemana.

CONCLUSIONES

El artículo 172 ter CP ha seguido el modelo del § 238 StGB, introduciendo algunas diferencias. En cuanto a la conducta típica, en el artículo 172 ter CP se utiliza el verbo acosar, mientras en el § 238 StGB se habla de perseguir. Es cierto que el término acosar tal vez no es el más idóneo para definir la conducta, pero su significado, perseguir sin dar tregua o apremiar de forma insistente con molestias o requerimientos, unido a las acciones típicas, expresan la idea de hostigamiento que se quiere tipificar. Por otra parte, a diferencia del artículo 184 CP -acoso sexual-, el artículo 172 ter CP no va encabezado por la denominación acoso, lo que haría improcedente utilizar esta expresión en la definición del delito. De esta forma, se salvan las objeciones formuladas en Alemania al

término persecución (*Nachtellung*), dado que puede ser plenamente legítima, por ejemplo, en el caso de los periodistas. Por eso, se incorporó la cláusula “de manera no autorizada”, con el fin de no coartar la libertad de prensa. En cambio, el uso de esta causa de atipicidad en el acoso ha motivado fundadas críticas en nuestro Derecho, porque una actuación abusiva en sí no puede nunca autorizarse.

A continuación, se tipifican varias conductas en un listado cerrado, al haberse suprimido el número 5 del artículo 172 ter, apartado 1, CP que figuraba en el Anteproyecto de reforma, donde se castigaba a quien “realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores”. Por el contrario, esta disposición se mantiene en el § 238.1 StGB tras la ley de 2017, pese a las objeciones recibidas por conculcar el principio de certeza, al considerarla necesaria para sancionar actos equivalentes a los previstos. Sin embargo, en España se rechazó ese apartado por estimarlo contrario a la prohibición de analogía *in malam partem*. A mi juicio, aunque se trataba en realidad de un supuesto de interpretación analógica, la amplitud de las acciones típicas hacía que esa cláusula resultara abiertamente contraria a la seguridad jurídica y al principio de legalidad.

Esas conductas sólo dan lugar al delito si se realizan de manera insistente y reiterada, incluso en el caso del uso abusivo de datos personales de la víctima que desencadena multitud de contactos por parte de terceros. En contra de lo mantenido por el Consejo Fiscal, entiendo que no puede prescindirse de esos requisitos y que no se cumplen si el autor no realiza varias veces esa u otras acciones. Así lo ha interpretado alguna sentencia, que ha absuelto incluso habiendo insertado el acusado los datos personales en varias páginas web, provocando numerosos mensajes hacia la demandante.

Del mismo modo, pienso que no se puede fijar *a priori* un número de actos necesarios para completar el delito, puesto que en cada caso se deberá comprobar la tendencia del autor a persistir en su actitud y la alteración grave de la vida cotidiana. Por otra parte, creo que el delito puede realizarse combinando varias acciones distintas. De hecho, en la práctica forense no hay apenas casos de acoso mediante una misma modalidad de conducta. Sería absurdo exigir esa homogeneidad porque al autor le bastaría variar su actuación para eludir la condena. Tanto nuestros órganos judiciales como los alemanes son unánimes, al negar una cantidad precisa de actuaciones y al admitir la conjugación de varias diferentes.

Las conductas típicas coinciden parcialmente con las recogidas en el 238.1 StGB. En esta norma se prevé en primer lugar la búsqueda de cercanía física, a la que el artículo 172 ter, apartado 1 CP, añade la persecución y la vigilancia. La tipificación de esta última modalidad creo que supone la admisión de formas indirectas de acercamiento, mediante artilugios tecnológicos. En nuestro país un sector doctrinal ha criticado la imprecisión de este número 1. Sin embargo, la necesidad de que se altere gravemente la vida cotidiana de la persona acosada resta relevancia a que el acosador se halle más o menos cerca de ella, porque para la realización del tipo es necesario que las conozca y que contribuyan al resultado. En este sentido, entiendo que es bueno que el legislador haya contemplado acciones que pueden producir el mismo resultado que el acercamiento físico, como grabar y enviar videos a la víctima o colgarlos en internet.

La tipificación del contacto e intento de contacto a mi juicio no suponen una quiebra del principio de proporcionalidad ni de las reglas de la tentativa. En este delito se penalizan acciones que en sí son atípicas, de suerte que no constituyen tentativa en sentido penal. Lo relevante es que esos actos considerados globalmente produzcan una alteración grave en el desarrollo de la vida, y a estos efectos pueden ejercer la misma influencia los intentos reiterados de conectar con la víctima que el contacto efectivo.

Respecto a los atentados a la libertad o el patrimonio, considero que deben entenderse referidos a las ofensas leves. Si los hechos contra esos bienes revisten una trascendencia mayor, entrará en juego el apartado 3 del artículo 172 ter CP y deberán sancionarse por separado conforme al tipo pertinente, pero sin valorarlos además para completar el acoso porque entonces se infringiría el principio *non bis in idem*.

Como resultado de estas conductas se ha de producir una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana. En este punto la interpretación de los tribunales españoles y de los alemanes dista sustancialmente. En Alemania se ha exigido que la persona perseguida haya adoptado cambios significativos en sus hábitos de vida externa, los daños psicológicos incluso graves son irrelevantes. La reforma de 2017 ha eliminado esta exigencia, y basta la adecuación objetiva de la conducta para provocar ese resultado.

Nuestros tribunales han adoptado *de facto* una interpretación semejante, precisando la aptitud del acoso para obligar a la víctima a modificar sus rutinas. Sin embargo, en muchas sentencias se considera suficiente que la conducta le cause inseguridad o intranquilidad. Incluso basta que estos efectos psicológicos se vean como una consecuencia normal del comportamiento del autor, con independencia de la repercusión concreta que haya tenido.

Pero debido a esta lectura laxa se han condenado actuaciones de mucha menor gravedad a las que se sancionan en la práctica judicial alemana en aplicación de disposiciones en algunos casos idénticas.

En consecuencia, creo que en el artículo 172 ter CP debería suprimirse el resultado, como se ha hecho en el Derecho alemán. Por una parte, es contrario al principio de certeza⁷⁵, como se desprende de las sentencias recaídas en nuestra práctica judicial, que lo interpretan de forma distinta. Por otra parte, si se entiende en sentido estricto, como modificación de las pautas externas, vulnera el principio de proporcionalidad, en tanto la punición se condiciona a la reacción de la víctima, de manera que una conducta puede ser castigada y otra semejante o incluso más grave resultar impune, según la persona acosada tome medidas o no ante el hostigamiento. Además, esta respuesta suele depender de la clase de actos de acoso. Si se producen por medios de telecomunicación, será frecuente que la parte afectada bloquee el contacto del acosador en el WhatsApp, que cambie de número de teléfono o de cuenta de Facebook. Pero si consisten en un acercamiento personal, mediante visitas al trabajo o al domicilio, la decisión de abandonarlos es mucho más drástica. En este caso requerir una modificación de esta clase para condenar al responsable me parece desproporcionado en comparación con otras situaciones de hostigamiento. Desde mi punto de vista, por tanto, se debería requerir sólo la adecuación objetiva del acoso para afectar gravemente al desarrollo de la vida de la víctima.

No obstante, la reforma verdaderamente necesaria en España, además de la eliminación del resultado, que de hecho ha omitido incluso el Tribunal Supremo, es la necesidad de limitar las condenas a las conductas idóneas para afectar gravemente a la libertad de obrar. Considerar como delito, castigado con una pena de prisión o multa, un comportamiento simplemente apto para producir inquietud o para afectar negativamente al ánimo de la víctima es contrario al principio de intervención mínima.

⁷⁵ Puede verse una crítica al resultado típico en, LAMARCA PÉREZ, 2017, p. 142.

En cuanto a las reglas de penalidad, deben solventarse los desajustes que se advierten en los tipos cualificados, cuando la conducta se da entre personas recogidas en el artículo 173.2 CP y la víctima es especialmente vulnerable. En este caso la pena de prisión no coincide en los dos delitos agravados y, además, cuando la persona ofendida pertenece al ámbito doméstico se permite imponer trabajos en beneficio de la comunidad, posibilidad que no se contempla para las personas vulnerables. La respuesta habría de equipararse en ambos supuestos.

Finalmente, creo que debería suprimirse la norma concursal del apartado 3 del artículo 172 ter CP, de manera que rigieran las disposiciones comunes del concurso de leyes y de delitos. De este modo cuando los actos de acoso fueran constitutivos de otro ilícito, se aplicarían las reglas del concurso de normas, si el bien jurídico afectado coincide, al menos parcialmente, como en las amenazas. En cambio, regirían las del concurso de delitos si el objeto de tutela es distinto, pudiendo recurrir el juzgador a las del concurso ideal sin tener que penar separadamente las infracciones. En todo caso, cada conducta se valorará una sola vez evitando infringir el principio *ne bis in idem*.

REFERENCIAS

- Acale Sánchez, M. (2013): “Acoso – stalking: art. 173 ter”, en Álvarez García, F.J. (Dir.) /Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Alonso de Escamilla, A. (2013): “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades”, en *La Ley Penal*, nº 105, noviembre-diciembre.
- Baucells Lladós, J. (2014): “La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de Código penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 21.
- Bueno De Mata, F. (2017): “E-Violencia de género: tratamiento procesal de la violencia de género a través de la red”, en *Práctica de Tribunales*, nº 101, marzo-abril.
- Carmona Salgado, C. (2017): *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso (Aspectos criminológicos, políticos criminales, sustantivos y procesales)*, Dykinson, Madrid.
- Carpio Briz, D., en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (Dir.) (2015): *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Conzelmann, Y. (2017): “Stalking ist keine Privatsache”, *Legal Tribune online*, de 20 de febrero. (Disponible en <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/238-stgb-neufassung-stalking-gefaehrdungsdelikt-privatsache-schwachstellen/>).
- Cuerda Arnau, M.L., en González Cussac, J.L. (Coord.) (2016): *Derecho penal. Parte especial*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L./Mayordomo Rodrigo, V. (2011): “Acoso y Derecho penal”, en *Eguzkilore*, nº 25.
- Delgado Martín, J. (2016): “La violencia de género en redes sociales y mediante instrumentos tecnológicos de comunicación”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 4.
- Eisele, J., en Schönke, A./Schröder, H. (2014): *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29 Auflage, C.H.Beck, München.
- Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, C. H. Beck, München, 2012.
- Galdeano Santamaría, A.: “Acoso - stalking: Art. 172 ter”, en Álvarez García, F.J. (Dir.)/Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.) (2013): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- Goikoechea Martín, L. A. (2016): “Derecho de familia y Derecho penal. Novedades del Código penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015 y jurisprudencia penal”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 39,.
- Gómez Rivero, M.C. (2011): “El Derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en Martínez González, M.I.: *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia,.
- Kindhäuser, U. (2013): *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 5 Auflage, Nomos, Baden-Baden.
- Krack, R./Kische, S. (2010): “Fortgeschrittenenhausarbeit – Strafrecht: Nachstellung mit unverhofften Folgen”, en *ZJS*. (Disponible en http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_6_398.pdf).
- Krüger, M. (2010): “Stalking in allen Instanzen – Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB”, en *NStZ*, nº 10.
- Kubiciel, M./Borutta, N. (2016): “Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung”, en *KriPoZ*, nº 3.
- Kühl, K. (2011): *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 27 Auflage, C.H.Beck, München.
- Lamarca Pérez, C., en Lamarca Pérez, C (Coord.) (2017): *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid.
- Magro Servet, V. (2015): “Reforma del Código penal afectante a la violencia de género”, en *Diario La Ley*, nº 8539, 14 de mayo.
- (2016) “El delito de stalking o acoso en la violencia de género en la reforma del Código penal”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 56.
- Martínez Muñoz, C.J. (2017): “El «nuevo» delito de acoso del artículo 172 ter”, en *Diario La Ley*, nº 9006, 22 de junio.
- Matallín Evangelio, A. (2015): “Delito de acoso (Artículo 172 ter)”, en González Cussac, J.L. (Dir.) /Górriz Royo, E./Matallín Evangelio, A. (Coord.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- “Acoso -stalking-: Art. 172 ter”, en Álvarez García, F.J. (Dir.) /Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.) (2013): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Meyer, F. (2003): “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von «Stalking» im deutschen Recht”, en *ZStW*, nº 115.
- Miró Llinares, F. (2015): “La ciberdelincuencia”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 46.

- Müller, H.E. (2016): “Reform des § 238 StGB - "Stalking", eine gute Idee?”, *beck-community*, de 17 de febrero de 2016. (Disponible en <https://community.beck.de/2016/02/17/reform-des-238-stgb-stalking-eine-gute-idee>).
- Muñoz Conde, F. (2011): “Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal”, en Martínez González, M.I.: *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2017) *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Palma Herrera, J.M., en Morillas Cueva, L. (Dir.) (2015): *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, Madrid.
- Peramato Martín, T. (2017): “Los nuevos tipos penales de violencia de género”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 18.
- Pujols Pérez, S. (2015): “Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de stalking: problemática suscitada”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 23.
- Queralt Jiménez, J.J. (2015): *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Rodríguez Laín, J.L. (2016): “El nuevo delito de ciberacoso: aspectos sustantivos y procesales”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 2.
- Rodríguez Yague, C. (2018): “La ejecución de la pena de prisión en los delitos de violencia de género: ¿una asignatura pendiente?”, en Martín Sánchez, M. (Dir.): *Estudio integral de la violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Serrano Gómez, A., en Serrano Gómez, A./Serrano Maíllo, A./Serrano Tárrega, M.D./Vázquez González, C. (2017): *Curso de Derecho penal. Parte especial*, 4ª edición, Dykinson, Madrid.
- Schluckebier, W., en Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G. (2009): *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Carl Heymanns, München.
- Tapia Ballesteros, P. (2016): *El nuevo delito de acoso o stalking*, Bosch, Barcelona.
- Valerius, B. (2007): “Stalking: Der Neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB”, en *JuS*, nº 4.
- Velasco Núñez, E. (2015): “Los delitos informáticos”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 33.
- Villacampa Estiarte, C. (2009): *Stalking y Derecho penal*, Iustel, Madrid.
- (2009) “La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código penal italiano”, en *InDret*, nº 3.

- (2010) “La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro”, en *ReCrim*.
- (2013) “El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en Derecho penal español”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109.
- (2015) en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentario a la reforma de 2015*, Aranzadi, Pamplona.
- (2016) en Quintero Olivares, G. (Dir.) /Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona.
- (2017) “El delito de *stalking*”, en Lafont Nicuesa, L. (Coord.): *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bulling, stalking, escraches y ciberacoso*, Tirant lo Blanch, Valencia.