

El delito de *stalking* del artículo 172 ter del CP. Referencias a la reciente STS 324/2017, de 8 de mayo de 2017

~Rocío Gutiérrez Gallardo~

Abogada del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB).
Socia FICP.

Resumen.- Con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 se introduce expresamente en nuestro ordenamiento el delito de “stalking” en su artículo 172 ter CP con el objetivo de dar respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podrían ser calificadas como coacciones o amenazas, de conformidad con la legislación vigente hasta entonces y que, por lo tanto, quedaban sin la debida respuesta penal. La denominación “stalking” proviene del inglés (to stalk), cuya traducción al español es el acto de seguir, acechar o perseguir a alguien.

En la presente comunicación analizaremos este delito, cuáles son sus orígenes históricos, los elementos del tipo que lo caracterizan y los criterios establecidos por la Sala II del Tribunal Supremo en su reciente sentencia 324/2017 de fecha 8 de mayo de 2017, para entender cometida la conducta típica pues, como veremos, no todo hostigamiento será suficiente para poder dictar sentencia condenatoria como responsable penal de un delito de stalking.

Palabras Claves.- Acoso, hostigamiento, insistencia, reiteración, alteración vida cotidiana.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LA NECESIDAD DE SU EXPRESA REGULACIÓN

En fecha 11 de mayo de 2011, España ratifica en Estambul el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, cuyo artículo 34 obliga a todos los estados firmantes, a realizar las modificaciones legislativas necesarias en sus respectivos ordenamientos jurídicos, para tipificar como delito el adoptar un comportamiento acosador y amenazador, de forma reiterada, contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad¹. De esta forma, España redacta en el año 2012 un primer anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 24 de noviembre² y tan solo un año después, otro nuevo

¹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137, pp. 42946-42976

² 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1º La aceche o busque su cercanía física. 2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3º 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. 4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. 5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior. 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

anteproyecto. Ambos anteproyectos contemplan ya el delito de stalking, pero con diferencias con la definitiva redacción.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, se introduce un nuevo delito contra la libertad, es el denominado delito de acoso, también conocido como stalking³, conducta que no tenía un reproche penal en España con anterioridad y de conformidad con su Exposición de Motivos, se introduce para ofrecer respuesta a conductas reiteradas consideradas graves que no tenían un claro encaje en otras figuras criminales y que menoscaban gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, sometida a persecuciones, vigilancias, llamadas u otros actos continuos de hostigamiento.

La primera ley anti-stalking se aprobó en Estados Unidos a raíz del asesinato de la actriz Rebecca Schaeffer el 18 de julio de 1989 por un admirador, y así fue el estado de California el primero en incluir en su legislación el delito de Stalking en el año 1990, lo que sirvió de modelo para el resto de Estados. Posteriormente, le siguieron otros países como Australia y Canadá.

En Europa, el concepto “stalking” se introduce por primera vez en Gran Bretaña en el año 1997 con la aprobación de la denominada Protection from Harassment y posteriormente se trasladaría a países como Dinamarca, Bélgica, Holanda, Malta, Austria, Italia y Alemania.

II. ELEMENTOS DEL TIPO

El artículo 172 ter. del Código Penal⁴ castiga con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, aumentando la pena si la víctima es

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

³ <https://www.seguridadpublica.es/2015/08/el-nuevo-delito-de-acoso-o-stalking/>

⁴ Artículo 172 ter

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

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

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

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

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

especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o situación, el delito de acoso o acecho obsesivo, insistente, reiterado y no consentido a otra persona que perturbe gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. Nos hallamos por tanto ante un delito común que puede ser cometido por cualquier persona y frente a cualquier víctima, preveyéndose dos subtipos agravados, como se verá, para el caso de que el ofendido sea persona especialmente vulnerable o persona de las previstas en el art. 173.2 del Código Penal.

1. La conducta típica

La mayoría de las acciones que conforman el “stalking” no suponen “per se” e individualmente conducta típica alguna (envío de whatsapp, sms, mails, flores o regalos...), pero todas unidas y, sobre todo, realizadas de forma reiterada e insistente, pueden conformar un patrón de conducta ilegal.

El precepto utiliza el término “acosar” en la propia definición del delito y a continuación se refiere a cómo debe realizarse dicho acoso: “llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes”. Evita, por tanto, referirse a cuántas veces debe llevarse a cabo la conducta para que ésta sea penalmente relevante y utiliza la expresión inconcreta de “forma insistente y reiterada”.⁵

VILLACAMA ESTIARTE⁶ defiende la sustitución del término “acosar” por “perseguir en contra de su voluntad” para evitar el empleo en la definición del término que se pretende definir. Del mismo modo, defiende la sustitución de los adjetivos “insistente y reiterada” por el adjetivo “persistente” puesto que los primeros resultan tautológicos, queriendo mostrar ambos que nos hallamos ante un patrón de conducta. Además, propone que dicho adjetivo se predique respecto la conducta de persecución, no de cada uno de los actos en que se concrete la conducta, como sugiere la actual redacción ya que

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.

⁵ <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/44681/6/slloreznobaTFM0615memoria.pdf>

⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en el derecho penal español, cuadernos de política criminal, nº.109, época II, mayo 2013, pág.26.

de esta forma se asegura que se castiguen conductas persecutorias pese a que no se repitan los concretos actos de acoso.

Por su parte, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA⁷ entiende que no es suficiente que el precepto indique que la conducta de hostigamiento ha de ser “insistente y reiterada” sino que se debe exigir la existencia de una estrategia sistemática de persecución, integrada por diferentes acciones dirigidas al logro de una determinada finalidad que las vincule entre ellas. Lo esencial en el stalking sería para la autora la estrategia sistemática de persecución, no las características de las acciones en que ésta se concreta.

2. El bien jurídico protegido:

Las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima puesto que el temor e intranquilidad constante que el hostigamiento reiterado del “stalker” provoca en la víctima obliga a ésta a alterar su vida cotidiana (cambio de números de teléfono, domicilio, recorridos diarios, etc...), por tanto, el bien jurídico protegido es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, se protege asimismo el bien jurídico de la seguridad. Esto es, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal. No obstante, como veremos, sólo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible⁸.

GÓMEZ RIVERO⁹ se plantea el conflicto de este tipo penal con la libertad del sujeto activo. Es decir, si el derecho a la libertad del sujeto activo hace decaer el desvalor de su conducta. Esto se debe a que los actos que componen la conducta de stalking no tienen porqué ser ilegales o dañosos en sí mismos. Es el caso de quien se limita a seguir y observar a la víctima en espacios públicos. Se trata de acuerdo con este autor, de determinar los límites de tolerancia social de los actos persecutorios, de forma que aquellos que causen molestia o inquietud a la persona que lo sufre pero que no tengan la intensidad suficiente como para justificar una respuesta penal, deben quedar fuera del ámbito del Derecho Penal conforme al principio de intervención mínima.

3. Subtipos agravados

⁷ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ.[et al]: Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012., pág.586.

⁸ <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/44681/6/slorenzobaTFM0615memoria.pdf>

⁹ GÓMEZ RIVERO, MC.: El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio., pág.33.

El art. 172 ter del Código Penal contempla un tipo básico de stalking y dos subtipos agravados. El primer subtipo, regulado en el apartado 1 del art. 172 ter CP, se refiere al caso de que el ofendido sea persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación, supuesto para el que se prevén penas de prisión de 6 meses a 2 años.

El segundo tipo agravado se encuentra contemplado en el apartado 2º del precepto y se refiere al caso de que la víctima de stalking sea una de las personas del art. 173.2 del Código Penal, en cuyo caso, las pena previstas serán prisión de 1 a 2 años o pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días.

Podemos observar un problema y este es que las personas especialmente vulnerables se encuentran contempladas dentro de los dos tipos agravados, por consiguiente, cabe preguntarse qué tipo procederá aplicar en los supuestos de víctimas especialmente vulnerables que, a la vez, sean sujetos pasivos contemplados en el artículo 173.2 CP. Este problema no se daba con el anteproyecto de 2012, en el que se preveía un solo nivel de agravación donde quedaban integrados ambos supuestos, pero en el anteproyecto de 2013 ya se estratificó el régimen de agravaciones en los supuestos de stalking, redacción que se plasmó de forma idéntica en la reforma de 2015.¹⁰ Dicho problema se deberá dejar en manos de la jurisprudencia.

Para examinar las penas establecidas para el delito de stalking a continuación haré una pequeña comparación con las penas establecidas para el delito de coacciones, delito en el que la jurisprudencia solía subsumir los delitos de acoso con más frecuencia. En primer lugar, para el tipo básico del delito de coacciones se establece una pena de prisión de 6 meses a 3 años o una pena de multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Por otro lado, como ya he mencionado, para el delito de acoso se prevé una pena de prisión de 3 meses a 2 años o una pena de multa de 6 a 24 meses. Por tanto, para el delito de stalking se está previendo una pena inferior, privilegiando al stalker en relación con la condena que le correspondería a esta conducta de ser penada conforme a los tipos en los que hasta ahora se habían venido subsumiendo, como el de coacciones, con el que se está comparando.¹¹

4. Concursos

¹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. El delito de stalking, pp. 392 y 393.

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de..., 2013, pp. 609-611.

De conformidad al apartado tercero del artículo 172 ter CP, las penas previstas para el delito de stalking se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso, resolviendo expresamente la cuestión en caso de posible concurso de delitos. Para VILLACAMAP ESTIARTE¹², esto quiere decir que, si los hechos constitutivos de la conducta de stalking pueden ser constitutivos también de otros delitos (por ejemplo, delito de coacciones, amenazas, agresión sexual, lesiones u homicidio), estos también serán penados en concurso.¹³ Encuentro correcta tal cláusula siempre que el delito de stalking no entre en concurso con los delitos de amenazas y coacciones. La justificación está en que, si el delito de stalking entrara en concurso con alguno de estos otros delitos mencionados, se estaría violando el principio non bis in ídem ya que todos éstos protegen el mismo bien jurídico, la libertad de obrar.¹⁴

III. REFERENCIA A LA RECIENTE STS 324/2017 DE 8 DE MAYO DE 2017. “HOSTIGAMIENTO INSISTENTE Y REITERRADO”

El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo STS 324/2017,¹⁵ de 8 de mayo, Rec. 1775/2016, se pronunció por primera vez sobre el nuevo delito de ‘stalking’ estableciendo que para entender la conducta como delictiva debe tener vocación de prolongarse el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana de la víctima, no bastando por ello unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima.

La Sala Segunda del Alto Tribunal desestima así el recurso de una mujer que pretendía la condena a su expareja sentimental por un delito del artículo 172.ter.2 CP, que castiga el nuevo delito de hostigamiento en su modalidad agravada. La sentencia de la Audiencia de Madrid recurrida condenó al acusado por un delito de coacciones en el ámbito familiar y no por un delito de stalking. El Supremo, tras admitir a trámite el recién estrenado recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1º LECrim,

¹²VILLACAMPA ESTIARTE, C. en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de..., 2013, pp. 609-611.

¹³Abogadoescribanogares.com, 2015, consultado el 28/04/2015 recuperado desde <http://www.abogadoescribanogares.com/delito-de-acoso-tras-la-reforma-del-codigo-penal/>

¹⁴ANA GALDEANO SANTAMARÍA, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de..., 2013, p. 574; VILLACAMPA ESTIARTE, C. en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de..., 2013, pp. 609 s.

¹⁵ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/11918-primera-sentencia-del-ts-sobre-el-stalking:-exige-continuidad-en-el-tiempo-que-obligue-a-la-victima-a-modificar-su-forma-de-vida/>

rechaza la pretensión de la recurrente por entender que de los hechos probados no se infiere la continuidad, insistencia y reiteración del hostigamiento de la víctima que el tipo exige, dado que únicamente se producen cuatro actos de hostigamiento en una semana, el primero, en la tarde del 22 de mayo de 2016, consistente en llamadas telefónicas no contestadas que se suceden hasta la 1.30 de la madrugada, con envío de mensajes de voz y fotos del antebrazo del acusado sangrando con advertencia de su propósito de suicidarse si no era atendido, en actitud inequívocamente acosadora y de agobiante presión. Un segundo, un intento de entrar en el domicilio de la víctima también de forma intimidatoria y llamando insistentemente a los distintos telefonillos de la finca en las horas inmediatamente siguientes (23 de mayo). Es otro acto de acoso, que solo cesó cuando apareció la policía.

En tercer lugar, una semana más tarde el acusado volvió al domicilio de la recurrente profiriendo gritos, reclamando la devolución de objetos de su propiedad (30 de mayo). Y por fin, al día siguiente -31 de mayo- se acercó a la mujer en el centro de educación al que ambos acudían y donde coincidían, exigiéndole la devolución de una pulsera.

El TS rechaza la aplicación del delito de stalking porque entiende que se trató de algo episódico por lo que rechaza que los hechos encajen en el delito de 'stalking', y dictamina

«Hemos de convalidar la interpretación del art. 172 ter 2 CP que anima la decisión adoptada por el Juzgado de lo Penal refrendada por la Audiencia. Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.»

En la secuencia de conductas del caso examinado no se aprecia la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones: 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 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”, agrega.

Para el Supremo, esos acercamientos metajurídicos a la cuestión “no condicionan la interpretación de la concreta formulación típica que elija el legislador. Se trata de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento dirigidos a favorecer el análisis científico y sociológico del fenómeno y su comprensión clínica. Pero tampoco son orientaciones totalmente descartables: ayudan en la tarea de esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita”.

En ese sentido, reitera que “no es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal -no hay visos nítidos de continuidad-, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal”. «No estamos en condiciones –ni se nos pide- de especificar hasta el detalle cuándo se cubren las exigencias con que el legislador nacional ha querido definir la conducta punible (cuándo hay insistencia o reiteración o cuándo adquiere el estatuto de grave la necesidad de modificar rutinas o hábitos), pero sí de decir cuándo no se cubren esas exigencias.»

IV. CONCLUSIONES

Con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 se introduce expresamente en nuestro ordenamiento el delito de “stalking” en su artículo 172 ter CP con el objetivo de dar respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas

ocasiones, no podrían ser calificadas como coacciones o amenazas, de conformidad con la legislación vigente hasta entonces y que, por lo tanto, quedaban sin la debida respuesta penal. Una vez más, el legislador ha dado un paso para adecuar nuestro ordenamiento a la realidad social actual y ello es plausible, si bien es cierto que otra vez más, se ha pecado de imprecisión y se dejan sin concretar elementos esenciales del tipo que deberán ser concretados y matizados por los Tribunales. Así, la sentencia 324/2017 de 8 de mayo de 2017 de la Sala II del Tribunal Supremo, ha dado un gran paso concretando qué tipo de hostigamiento debe producirse para entender la conducta delictiva (insistente y reiterativo), si bien discrepo con la sentencia respecto a no entender que el Alto Tribunal debería haberse pronunciado también en cuanto a qué duración debe tener el hostigamiento, pues de esta forma, por un lado, continuará la disparidad de sentencias en función del Tribunal que deba fallar y, por otro lado, se crea inseguridad jurídica ante los ofendidos que deberán soportar el hostigamiento por un tiempo, más o menos prolongado para poder tener expectativas de obtener una sentencia condenatoria para su stalker, lo que supone no dar una respuesta penal ágil para las víctimas de estos delitos. Por tanto, si bien se ha dado un primer paso importante, queda mucho por resolver y concretar legislativamente hablando.