

Stalking

El nuevo delito de acecho del art.172 ter del Código Penal.

Aproximación al cyberstalking

Silvia Lorenzo Barcenilla

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el tratamiento en el ordenamiento penal español de las conductas de *stalking*, también denominado acecho o acoso predatorio. Se realiza en primer lugar una definición del concepto y de sus características, con una breve referencia a las diferencias con otras modalidades de acoso. A continuación se analiza una concreta forma de *stalking*, denominada *cyberstalking*, por presentar particularidades respecto al *stalking* tradicional y constituir un fenómeno creciente en la sociedad actual surgido a raíz de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información. Analizado el nuevo artículo 172 ter del Código Penal español que tipifica el *stalking*, lo compararemos con el tratamiento que se le ha dado en Estados Unidos, país de occidente que primero tipificó dicha conducta y que también ha tomado medidas frente al *cyberstalking*.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1. Introducción | 4 |
| 2. Stalking y otras formas de acoso: concepto y diferencias | 6 |
| 2.1. Concepto de “stalking” | 6 |
| 2.2. Diferencias con otras formas de acoso | 8 |
| 3. Cyberstalking: Una nueva forma de stalking | 10 |
| 3.1. Características particulares del <i>cyberstalking</i> | 10 |
| 3.2. Conductas y bienes jurídicos protegibles afectados | 11 |
| 3.3. Tipificación del <i>cyberstalking</i> | 12 |
| 3.4 Aspectos procesales del <i>cyberstalking</i> | 13 |
| a) Investigación y prueba | 13 |
| b) Jurisdicción competente y ley aplicable | 14 |
| 4. Stalking en el ordenamiento español | 15 |
| 4.1 La inclusión del delito de <i>stalking</i> en el ordenamiento español..... | 15 |
| 4.2 El tratamiento de las conductas de hostigamiento y acecho por la jurisprudencia española | 16 |
| a) Delito de coacciones (art.172 CP)..... | 16 |
| b) Delito de amenazas (art.169 CP) | 20 |
| c) Otros delitos | 22 |
| 4.3 Análisis del nuevo art.172 ter del Código Penal..... | 22 |
| a) Bien jurídico protegido..... | 23 |
| b) Sujetos | 24 |
| c) Conducta típica | 24 |
| d) Subtipos agravados..... | 28 |
| e) Delito de resultado | 28 |
| f) Concurso con otros tipos delictivos | 29 |
| g) Condición de procedibilidad | 30 |
| h) Pena..... | 30 |
| 4.4 <i>Cyberstalking</i> en el Código Penal Español..... | 31 |
| 5. Stalking en el derecho comparado | 33 |
| 5.1. El <i>stalking</i> en Estados Unidos..... | 33 |
| 5.2. Previsiones anti- <i>cyberstalking</i> en Estados Unidos..... | 37 |
| 6. Conclusiones | 40 |
| Bibliografía | 43 |

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es la realización de un análisis comparativo del tratamiento del denominado *stalking* en distintos ordenamientos jurídicos, poniendo especial interés en los supuestos en que se emplean las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para su ejecución.

El acoso predatorio o acecho, en inglés “stalking” puede definirse como una conducta reiterada e intencionada de persecución obsesiva respecto de una persona, el objetivo, realizada en contra de su voluntad y que le crea aprensión o es susceptible de provocarle miedo razonablemente. La comunidad científica ha propuesto infinitas definiciones que, en general, tienen en común el carácter repetitivo, intrusivo, no deseado y amenazante de la conducta. Dicho concepto incluye una gran diversidad de comportamientos de distinta naturaleza tales como la búsqueda de proximidad física, telefonar, escribir cartas, envío de regalos, demanda de mercancías a nombre de la víctima y otras formas de comunicación no consentida con ésta. En muchas ocasiones, se considerarían conductas socialmente aceptadas de ser consideradas aisladamente.

El *stalking* se ha de diferenciar de otras formas de acoso que escapan del objeto de este trabajo, como son el acoso laboral, acoso inmobiliario, acoso sexual, acoso escolar y el denominado “child grooming”.

Las nuevas tecnologías de la información, Internet y, en especial, las redes sociales son en la actualidad uno de los principales instrumentos de comunicación y socialización. Su presencia se extiende cada vez más en todos los ámbitos de nuestra vida y, aunque ello conlleva muchos beneficios, también ha traído consigo que determinadas personas las utilicen para ejecutar comportamientos delictivos.

El ciberacoso o “cyberstalking” es el uso de Internet u otras tecnologías de la comunicación como medio para la ejecución de la conducta de acechamiento y hostigamiento repetitivo hacia una persona. Esto es, envío continuo de emails o de mensajes de texto, escribir comentarios en los sitios de Internet que frecuenta la víctima, empleo de los datos de la víctima para incluirlos en una página web que ofrece servicios sexuales, usurpación de la identidad de la víctima para participar en chats, crear un perfil falso en el que se comparten sus intimidades, etc.

El ciberacoso presenta especialidades respecto al acoso tradicional debido a la naturaleza del medio a través del cual se lleva a cabo, tales como el anonimato, la gran capacidad de difusión, ausencia de barreras físicas y

temporales, que potencian su capacidad de afectación a los bienes jurídicos de la víctima.

Es frecuente que dichas conductas vengan acompañadas de otras que pueden constituir delito por sí mismas como el envío de virus y otro tipo de programas maliciosos, formulación de amenazas, publicación de fotografías íntimas de la víctima, entre otras.

En ocasiones, el ciberacoso se presenta como un refuerzo del acoso que se realiza de forma presencial o tradicional, lo que permite ampliar sus efectos nocivos y, en otras, se produce simplemente en la red.

Analizaremos cuales son las particularidades y los problemas que presenta la persecución del *cyberstalking* frente al *stalking* tradicional y qué medidas se habrían de tomar para dar una respuesta efectiva a los supuestos de acecho que se ejecuten a través de las nuevas tecnologías.

Hasta hace poco el ordenamiento español no preveía ninguna medida específica de protección frente al *stalking*, si bien la última reforma del Código Penal incorpora el nuevo artículo 172 ter que tipifica el delito de acecho. Analizaremos dicho artículo y las críticas que ha suscitado su redacción. También analizaremos cómo la jurisprudencia española había tratado hasta ahora las conductas de *stalking*.

Hemos de advertir que el *stalking* no es una conducta o problema nuevo sino que, tal y como afirma VILLACAMPA¹, es el cambio de actitud de la sociedad frente a dicho problema el que explica la criminalización de la conducta. Dicho fenómeno de criminalización se originó en Estados Unidos y se fue expandiendo a Europa a través de los países del *common law*.

En el derecho comparado podemos encontrar pues, leyes que tipifican específicamente el delito de “*stalking*” y que también incluyen la modalidad de “*cyberstalking*”. Analizaremos el tratamiento normativo que se le ha dado en Estados Unidos y las diferencias existentes con el caso español.

¹ De acuerdo con esta autora, los medios de comunicación, desde los años ochenta, contribuyeron significativamente a la construcción social del problema, vinculándolo al comienzo fundamentalmente a las celebridades y fans obsesionados y, a partir de los noventa, con la violencia de género. Fue la presión de las organizaciones de mujeres maltratadas y demás organizaciones pro derechos de las víctimas, junto con la ausencia de oposición la que determinó su criminalización: VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid 2009, pág.57 y ss.

2. STALKING Y OTRAS FORMAS DE ACOSO: CONCEPTO Y DIFERENCIAS

2.1 Concepto de “stalking” y “stalker”

Ya hemos realizado en la introducción una breve referencia al concepto de “stalking”, denominado en español acecho o acoso predatorio. En este apartado profundizaremos más en su definición y características.

El significado originario del término se encuentra relacionado con la caza. El verbo *stalk* significa perseguir o acercarse a la presa de forma sigilosa, tratando de permanecer escondido. Así pues, en la acepción de *stalking* objeto de este trabajo, se identificaría el cazador con el acosador y la presa con la víctima.

Como adelantábamos, el término *stalking*, en la acepción que aquí nos interesa, ha sido objeto de infinitas definiciones. A partir del examen detallado que realiza VILLACAMPA² de las distintas definiciones que la comunidad científica ha dado al término, nosotros consideramos apropiado definirlo como “conducta reiterada e intencionada de persecución obsesiva respecto de una persona, el objetivo, realizada en contra de su voluntad y que le crea aprensión o es susceptible de provocarle miedo razonablemente”. Dicha definición contiene los elementos esenciales comunes en todas las definiciones propuestas:

- **Conducta reiterada e intencionada:** Es fundamental para apreciar la existencia de acoso que la conducta esté constituida por concretos actos que se producen repetidamente en el tiempo. Esto se debe a que los actos de acoso, individualmente considerados, no suelen tener la suficiente gravedad como para fundamentar una respuesta de las autoridades. Existen distintas opiniones respecto al número de actos y período temporal en el que estos se deben producir para considerar la conducta constitutiva de *stalking*. Por ejemplo, para PATHÉ y MULLEN³, la conducta debe consistir al menos, en diez intrusiones o comunicaciones no deseadas en un período de al menos cuatro semanas.
- **De persecución obsesiva:** los actos que constituyen las concretas conductas de acoso son persecutorios en tanto que se dirigen a una

² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pp. 32 y ss.

³ Citados por VILLACAMPA ESTIARTE, C. en *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pág.37.

persona y buscan su cercanía, ya sea física, visual, directa o indirecta. Concretos actos que comúnmente se han asociado a conductas de acoso predatorio son: llamar por teléfono, enviar cartas, e-mails o regalos, seguir a la víctima en el exterior así como merodear por los alrededores de su casa, conductas irrelevantes o incluso socialmente aceptadas de ser consideradas aisladamente o de ser queridas por su destinatario. También incluyen conductas de distinta naturaleza más graves y que podrían constituir por sí mismas delito tales como irrumpir en casa de la víctima, la formulación de amenazas, sustracción de sus bienes, difamaciones o falsas acusaciones, publicación de imágenes íntimas de la víctima, o asaltar a la víctima o retenerla.

Se califica la conducta del acosador como obsesiva en tanto que sólo un obsesivo podría acechar de esta manera a una persona.

- **Respecto de una persona (objetivo):** Los actos de acoso han de ir dirigidos específicamente a una persona.
- **No deseada:** La conducta no ha de ser deseada por el objetivo sino que ha de ser realizada en contra de su voluntad, una intrusión no consentida en su espacio vital. Como veremos, esa intrusión en la esfera privada de la víctima se ha visto facilitada por las nuevas tecnologías.
- **Que crea aprensión o es susceptible de provocar miedo razonablemente:** La conducta ha de ser percibida como amenazante o intimidatoria, produciendo de esta manera sensación temor, malestar, inquietud o angustia en la víctima que influyen negativamente en el desarrollo normal de su vida. Dicho peligro no tiene por qué llegar a materializarse ni ser concreto. Ejemplo típico que señala GÓMEZ RIVERO⁴ es el del seguimiento de la víctima, lo cual la genera un sentimiento de intranquilidad frente a un posible ataque de su acosador pero sin saber qué clase de ataque ni de lo que este es capaz. Podría ser un ataque a su patrimonio, a su integridad física, a su vida o a su libertad sexual. Es precisamente dicho desconocimiento sobre el qué, el cómo y el cuándo lo que genera mayor afectación al desarrollo vital de la víctima. Cuestión debatida es si se ha de tener en cuenta la reacción que la conducta causa a la concreta víctima o por el contrario, se ha de tomar como referencia al hombre medio puesto en su misma situación.

Se denomina “*stalker*” a la persona que lleva a cabo la conducta de *stalking*. En cuanto al perfil del *stalker*, existen diversas clasificaciones, las cuales destacan las basadas en desórdenes mentales (erotomaníacos, obsesivos del amor, obsesivos simples), en la relación que le une con la víctima

⁴GÓMEZ RIVERO, M^aC.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MÁRTINEZ GONZÁLEZ, M^aI (dir.) *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia, 2011, pág.31.

(sentimental, de amistad, laboral, desconocidos) y en su motivación (conseguir intimidad con la víctima, venganza, control, etc.)⁵.

2.2. Diferencias con otras formas de acoso

Mobbing y *bullying* son dos formas de acoso que, por presentar características comunes con el *stalking*, podrían llevar a confusión. Al igual que el concepto de *stalking*, no existe una definición única y uniforme que recoja su significado, existiendo múltiples propuestas.

La RAE define *mobbing* como “voz inglesa con que se designa el hostigamiento al que, de forma sistemática, se ve sometida una persona en el ámbito laboral, y que suele provocarle serios trastornos psicológicos. Debe sustituirse por el equivalente español acoso laboral”.

Tal y como afirma VILLACAMPA⁶, todas las definiciones caracterizan el *mobbing* con los siguientes elementos: 1) se lleva a cabo en el ámbito laboral por compañeros de trabajo de la víctima o superiores jerárquicos de ésta 2) se produce mediante un conjunto de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes en el tiempo; 3) llevan al suplicio psicológico del trabajador que las sufre, produciendo sentimientos de humillación y sufrimiento.

En cuanto al *bullying*, identificado en España con el acoso escolar, de acuerdo con DANN OLWEUS⁷, se produce cuando *un alumno está expuesto repetidamente y a lo largo del tiempo a acciones negativas de otro o de un grupo de estudiantes*. Se caracteriza por los siguientes elementos: 1) se lleva a cabo en el ámbito escolar por alumnos hacia otros alumnos; 2) se produce mediante un conjunto de agresiones físicas y/o psicológicas intencionales que son frecuentes y persistentes en el tiempo; 3) existe un desequilibrio de poder entre agresor y víctima y 4) llevan a la víctima a un sentimiento de humillación y sufrimiento.

Como podemos observar, *mobbing* y *bullying* se diferencian del *stalking* en que tienen como objetivo la humillación o merma de la autoestima y dignidad de la víctima. Normalmente se realizan en grupo contra un solo individuo, al que se le quiere aislar o expulsar de dicho grupo. El *stalking*, sin embargo, no tiene porque implicar humillación, sino más bien desestabilización emocional e influencia en la formación de la voluntad de la víctima a través de la

⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*op cit.,pág.94 y ss.

⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*op cit., pág.48.

⁷ Citado por MIRÓ LLINARES, F., en “Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Número 16, Junio 2013, pág.63.

generación de sentimientos de temor y de inseguridad que alteran su tranquilidad psíquica ante el desconocimiento del potencial nocivo de su acosador⁸.

Por ello, VILLACAMPA⁹, entre otros autores, defiende el *stalking* como una clase de acoso psicológico, frente al *mobbing* y *bullying*, que se identifican más con el acoso moral. No obstante, hemos de advertir también, como señala GÓMEZ RIVERO¹⁰ que acoso moral y psicológico presentan ciertas zonas de intersección, de forma que la merma de la dignidad de la víctima también afecta en última instancia su equilibrio psicológico y al revés, determinadas conductas de acoso persecutorio pueden afectar a la dignidad de la víctima si implican, por ejemplo, una situación humillante.

Otra forma de acoso es el denominado *blockbusting* o *mobbing* inmobiliario, caracterizado por un conjunto de acciones frecuentes en el tiempo realizadas por el propietario de un piso arrendado a sus arrendatarios de rentas bajas con la finalidad de que tomen la decisión de abandonar el piso para poder especular con él¹¹. Estas acciones pueden incluir la omisión de las debidas reparaciones necesarias, introducción de vecinos indeseables, así como cortar suministros que lleven a los inquilinos a vivir en una situación inhumana. Comparte con el *stalking* que su objetivo principal no es la humillación sino más bien el control de la voluntad del sujeto.

Por último, hemos de diferenciar estas formas de acoso con el acoso sexual, ya que éste tiene como finalidad última la obtención de favores de naturaleza sexual.

No se ha realizado en nuestro país un tratamiento unificado y sistemático del acoso, sino un tratamiento sectorial¹². El acoso sexual se encuentra tipificado en el art.184 del CP. El acoso laboral y el *mobbing* inmobiliario, por su parte, se encuentran tipificados como delitos contra la integridad moral en el art.173.1, segundo y tercer párrafo respectivamente del CP. El art.183 bis del CP tipifica el acoso a menores a través de internet y otros medios de comunicación. Como veremos en el apartado siguiente, el delito de *stalking* se

⁸ GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.30.

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pág.46.

¹⁰ GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.30.

¹¹ GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.73.

¹² En palabras de GÓMEZ RIVERO, “una atomización en la tipificación de las distintas conductas, con la consiguiente multiplicación de tipos delictivos”. La autora defiende la creación de un delito amplio, pero a su vez redactado en términos precisos, que permita comprender todas las conductas de acoso., *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.47.

encuentra tipificado en el nuevo art.172 ter del CP, siguiendo así la línea de intervención penal en materia de acoso.

3. CYBERSTALKING: UNA NUEVA FORMA DE STALKING

Como ya adelantamos en la introducción, el término “cyberstalking” hace referencia al uso de Internet, ordenador o cualquier otra tecnología de la comunicación para acosar u hostigar a una persona. Como modalidad de *stalking*¹³, se caracteriza por ser una conducta persistente y reiterada que causa un malestar a la víctima y afecta a su libertad de obrar.

Si bien de acuerdo con GÓMEZ RIVERO¹⁴ el *stalking* entre conocidos ha sido siempre el más habitual, y dentro de ellos, el surgido entre ex parejas, con el exponencial aumento del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación y la creciente costumbre de compartir y exponer nuestras vivencias, experiencias, gustos y, en general, nuestros datos personales en Internet, puede aumentar el caso de acoso entre desconocidos. El anonimato que ofrece la red permite a todo individuo acceder a dichos datos y contactar con otros sin que sea identificado. Estos dos factores, según GARCÍA GONZÁLEZ¹⁵ son el perfecto caldo de cultivo para que surja el acoso.

3.1. Características particulares del *cyberstalking*

El propio medio en el que se desarrolla, hace que el *cyberstalking* presente unas características propias que no se encuentran en la forma de *stalking* tradicional. De acuerdo con GARCÍA GONZÁLEZ¹⁶ estas características son:

- **Invisibilidad**: El anonimato que proporciona Internet hace que el agresor actúe con sensación de impunidad. Actuar desde el anonimato en una realidad sobre la que se tiene capacidad de influir y modificar, otorga una grata sensación de poder y libertad. El hecho de sabernos anónimos nos desinhibe: somos capaces de hacer o decir cosas que no tendrían lugar fuera de la red.

¹³ De acuerdo con M. GREGORIE, el cyberstalking es una extensión de la modalidad física de stalking., “Cyberstalking: Dangers on the Information Superhighway”, *National Center for Victims of Crime*, 2001, pág.1.

¹⁴ GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.43.

¹⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág.10.

¹⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad...*, op. cit., pág.17 y ss (referido a Cyberbullying pero extrapolable al cyberstalking).

- Ausencia de contacto directo con la víctima: El acosador tiene menor percepción del daño causado y difícilmente podrá empatizar con la víctima. Al mismo tiempo, no obstante la ausencia de contacto directo con la víctima, Internet provoca una intimidad acelerada: en general, las relaciones se abren más, y con mayor intensidad e intimidad cuando se establecen online.
- Desamparo legal: Ausencia de mecanismos rápidos y efectivos de protección para la víctima. Aunque se cierre la web, inmediatamente se puede abrir otra.
- Invade ámbitos de privacidad aparentemente seguros como el hogar familiar, desarrollando un sentimiento de desprotección total en la víctima.
- Es un acoso público: se abre a más personas rápidamente y es fácil para el cyberacosador invitar a otras personas a participar en el cyberacoso.
- Facilidad de difusión, reproducción y accesibilidad: Internet está siempre disponible, es constante y carece de horarios. Lo único que necesita el *cyberstalker* es un ordenador o smarthphone con acceso a Internet.

De acuerdo con M.GREGORY¹⁷, la solución que habitualmente se da a la víctima consistente en desconectar el ordenador o aparato electrónico, no es una respuesta aceptable. No es razonable en la época actual solicitar a las víctimas mantenerse alejadas de sus actividades online dado la omnipresencia e importancia que estas han alcanzado en nuestra vida diaria. Además, hemos de tener en cuenta que el *cyberstalking* podría convertirse en *stalking* dada la facilidad de acceso del *stalker* a nuestros datos privados como el teléfono, lugar de trabajo, o domicilio.

3.2. Conductas y bienes jurídicos protegibles afectados

Dado la variedad de conductas propias del cyberacosador, los bienes jurídicos afectados pueden ser muy diversos y dependen del caso concreto. Estas conductas pueden consistir en el envío de correo electrónicos que pueden incluir imágenes obscenas o amenazas; la creación de una web en la que se incluye información e imágenes privadas sobre la víctima o se sirve para crear rumores falsos sobre ella; hacerse pasar por la víctima en chats o en las redes sociales, solicitando ser contactada; el envío de virus que provocan un mal funcionamiento del ordenador; el hackeo de su cuenta de correo electrónico, Smartphone o ordenador para espiar todos sus movimientos, etc.

Hemos de partir del hecho de que el acecho u hostigamiento realizado online provoca el mismo temor y angustia a la víctima que el realizado de forma

¹⁷ M.GREGORY, T.: "Cyberstalking: Dangers on the Information Surperhighway"..., op. cit., 2001, pág.1.

física. Esta angustia emocional, dada la omnipresencia del cyberacosador en la vida de la víctima y la incapacidad para identificarlo, se traduce, como en el *stalking* tradicional, en una afectación a su libertad de obrar. Esta afectación se puede concretar en un cambio en el uso cotidiano de Internet, en la eliminación de la cuenta de correo electrónico, en el borrado de perfiles en redes sociales, y también se puede concretar en el mundo físico en el caso de que la víctima crea o el cyberacosador le haga creer, que se encuentra próximo a ella.

A parte del bien jurídico libertad de obrar, de acuerdo con MARCO MARCO¹⁸, el ciberacosador lesiona habitualmente derechos de la víctima que tienen relación con la dignidad de la persona, su integridad moral y los llamados derechos personalísimos (honor, intimidad y propia imagen), incluyendo el secreto de las comunicaciones.

Como hemos visto, debido a la propia naturaleza del medio empleado para cometer el *cyberstalking* los actos concretos del cyberacosador pueden ser constitutivos por sí mismos de otros delitos como por ejemplo, de delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art.197 a 201 CP), entre los que se encuentran el tipo de intrusismo informático (art.197.3 CP) y de apoderamiento de mensajes de correo electrónico (art.197.1 CP); delito de daños informáticos (art.264 CP); delito de usurpación del estado civil (art.401 CP); delito de amenazas (art.169 CP); delitos contra el honor (arts.205 y 208 CP), etc.

3.3. Tipificación del *cyberstalking*

De acuerdo con GARCÍA GONZÁLEZ¹⁹, “*el uso generalizado de Internet justifica la necesidad de regularlo pero ello no puede justificar el recurso automático al derecho Penal mediante la incriminación abusiva de comportamientos carentes de lesividad suficiente, ni tampoco justifica que comportamientos claramente dañinos para la sociedad y que ya están tipificados en nuestro CP, tengan un tratamiento distinto al que se venía dando hasta ahora por el mero hecho de ser realizados a través de medios técnicos más o menos complejos*”.

Los actos de *stalking* realizados a través del uso de Internet y de las nuevas tecnologías no son más que la misma conducta pero adaptada a la sociedad actual. Por ello el tipo penal de *stalking* debería ser lo suficientemente

¹⁸ en GARCÍA GONZÁLEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad...*, op. cit., pág.98 y ss.

¹⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad...*, op. cit., pág.109.

completo como para permitir la inclusión de las conductas realizadas a través de los nuevos medios tecnológicos.

En los apartados cuarto y quinto del presente trabajo veremos si el nuevo delito de acecho del Código Penal español es adecuado para proteger frente a conductas de *cyberstalking* así como el tratamiento que se ha dado a esta modalidad de *stalking* en Estados Unidos.

3.4 Aspectos procesales del *cyberstalking*

Las características de anonimato y ejecución a distancia del *cyberstalking*, así como los medios a través de los cuales se ejecuta, dificultan su persecución en tanto que presentan especialidades en su investigación y prueba así como en la determinación de la jurisdicción competente y la ley aplicable.

a) Investigación y prueba: La identificación del autor dependerá de la efectiva localización del aparato electrónico desde el cual se ejecuta el delito. Cada ordenador y dispositivo móvil tiene asignada una dirección IP cuando se conecta a Internet pero los protocolos IP no garantizan siempre la determinación de la dirección del emisor ya que esta puede ser manipulada²⁰. Además, la conducta puede haberse ejecutado desde un dispositivo situado en un lugar público (cibercafé, biblioteca...) sin control de acceso. Una vez averiguada la IP²¹, se ha de proceder a averiguar a qué usuario ha sido asignada, siendo necesaria autorización judicial para el segundo paso²². Para investigar sobre la existencia de una eventual conducta delictiva será necesario asimismo, acceder al contenido de las comunicaciones. En este sentido, la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones impone a los operadores de telecomunicaciones la obligación de retener determinados datos y su cesión en caso de requerimiento por agentes facultados, previa autorización judicial.

²⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Derecho Penal e Internet. Especial consideración a los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, 2011, pág.18.

²¹ De acuerdo con el Tribunal Supremo, no es necesaria autorización judicial para averiguar la IP dado que se trata de algo público, una huella que queda registrada con conocimiento del usuario. Por ello, su obtención sin autorización judicial no vulnera el art.18.1 CE (STS de 9 de mayo de 2008, RJ 2008\4648).

²² El Tribunal Supremo también ha exigido autorización judicial previa para conseguir los números de teléfono móviles de las tarjetas prepago afirmando que no sólo forma parte del secreto de las comunicaciones las conversaciones, sino también sus elementos externos, tales como el número (STS 130/2007 de 9 de febrero, RJ 2007\1809).

Ahora bien, de acuerdo con ORTIZ PRADILLO²³, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española se encuentra a la cola de Europa en cuanto a su adaptación a la era digital, respecto al régimen jurídico de interceptación de las comunicaciones (art.579 LECr) y de la inclusión de nuevas técnicas de investigación. La ratificación en el 2010 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia²⁴ no trajo consigo las modificaciones legislativas necesarias para incluir los poderes de investigación que dicho Convenio permite utilizar. Hemos de advertir, no obstante, que actualmente se está tramitando el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que prevé su adaptación a las nuevas tecnologías mediante la regulación de nuevas diligencias de investigación tales como “registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos”, entre otras.

De la misma manera, respecto a la prueba, en nuestra legislación procesal actual no existe una regulación suficiente sobre los medios de prueba tecnológicos, como son las comunicaciones y los documentos electrónicos.

- b) Jurisdicción competente y ley aplicable:** La conducta puede ejecutarse desde un lugar y tener efectos en otro, que puede ser incluso otro país. Esto plantea problemas a la hora de determinar la competencia judicial para su enjuiciamiento. De acuerdo con FERNÁNDEZ TERUELO²⁵, la regla tradicional del lugar de comisión del delito (principio de territorialidad²⁶) es difícilmente compatible con Internet ya que al tratarse de delitos cometidos a distancia, se hace difícil la determinación del lugar de su comisión. Los Tribunales españoles han aplicado la denominada “teoría de la ubicuidad²⁷” para la determinación de la competencia penal

²³ ORTIZ PRADILLO, J.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, 2013, pág.168.

²⁴ BOE, 17 de septiembre de 2010, núm.226, Sec. I. Pág. 78847.

²⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Derecho Penal e Internet...*, op. cit, pág. 27.

²⁶ Principio establecido en el art.23.1 LOPJ “en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”. También es el adoptado con carácter preferente por el Convenio sobre el Ciberdelincrimen del Consejo de Europa del 2001 (art.22) aunque también prevé el principio de personalidad (cuando el delito se haya cometido “por uno de sus nacionales, si el delito es susceptible de sanción penal en el lugar en el que se cometió o si ningún Estado tiene competencia territorial respecto del mismo.”). Para el caso de conflictos de jurisdicción, su art.22.5 prevé la celebración de consultas entre las Partes interesadas para determinar la jurisdicción más adecuada para las actuaciones penales.

²⁷ De acuerdo con la teoría de la ubicuidad, el delito se entiende cometido en todos los lugares en los que se haya realizado algún elemento del tipo (acción o resultado). Si se

territorial en casos en que la acción y el resultado del delito se produce en distintos lugares. No obstante, ORTIZ PRADILLO²⁸, niega la aplicación de esta teoría para la determinación de la competencia judicial internacional. Esto se debe a la necesidad en estos casos de delimitar la extensión y límites de las jurisdicciones concurrentes. De acuerdo con el autor citado, la aplicación de la teoría de la ubicuidad en el plano internacional favorecería la aparición de conflictos de Jurisdicción, pues tanto el Estado dónde se produce la actividad como el Estado donde se produce el resultado serían competentes. Concluye que es necesaria la adopción en el plano europeo e internacional de normas de competencia judicial internacional claras para los supuestos de delitos cometidos a distancia a través del ciberespacio.

También hemos de tener en cuenta que en cualquier caso, en los delitos con elementos transnacionales, será necesaria una efectiva cooperación judicial internacional. Tal y como afirma el autor citado²⁹, la investigación de los hechos requerirá una estrecha colaboración entre las autoridades de ambos países para la identificación del sujeto activo y preservación de las pruebas, su detención y posterior enjuiciamiento³⁰.

4. EL DELITO DE *STALKING* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En este apartado analizaremos el nuevo delito de *stalking* introducido en la última reforma del Código Penal y también cómo dichas conductas habían sido tratado hasta ahora por la jurisprudencia. Por último, determinaremos si los problemas de tipificación han quedado solucionados con la inclusión del nuevo tipo así como las críticas y problemas que ha suscitado su redacción.

4.1 La inclusión del delito de *stalking* en el ordenamiento español

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³¹, tipifica en el art.172 ter el nuevo delito de *stalking* dentro de los delitos contra la libertad.

discute entre varios órganos judiciales aptos para actuar en tales lugares, el primero que haya iniciado las actuaciones ha de considerarse competente para continuarlas. Véase la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1121/2008 de 3 enero, FJ4º (RJ 2008\47) y núm. 540/2008 de 18 septiembre, FJ2º(RJ 2008\5593).

²⁸ ORTIZ PRADILLO, J.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia...*, op. cit., pág.73 y 126.

²⁹ ORTIZ PRADILLO, J.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia...*, op. cit., pág.40.

³⁰ El Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa del 2001 establece unos principios que deben regir la cooperación internacional entre los Estados Miembros.

³¹ BOE 31 de marzo de 2015, núm 77, sec.I, pág.27061.

Su redacción literal es la siguiente:

“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.

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.”

El nuevo tipo entrará en vigor a partir del 1 de julio del 2015. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, este nuevo delito *está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.*

La inclusión de dicho delito responde en parte a la propuesta de criminalización del acoso que realiza el art.34 del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y

la Violencia Doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011, firmado y ratificado por España y en vigor desde agosto del 2014. De este modo, tal y como afirma VILLACAMPA³², aun que el delito se configura sin distinción de género y la Exposición de motivos no lo menciona, su inclusión se debe principalmente a poder ofrecer una respuesta adecuada a las conductas de acecho en el marco de la lucha contra la violencia de género. Conductas que pese a ser graves, quedarían sin penalizar al no poder ser calificadas como amenazas o coacciones.

4.2 El tratamiento de las conductas de hostigamiento y acecho por la jurisprudencia española

Ante la ausencia de un tipo específico de *stalking* en nuestro Código Penal, la jurisprudencia ha utilizado distintos delitos para incriminar las conductas de acoso persecutorio. A continuación, haremos una breve referencia a cada uno de ellos y analizaremos si efectivamente, no eran adecuados para aplicarlos a supuestos de *stalking*.

a) Delito de coacciones (art.172 CP).

La Audiencia Provincial de León (Sección 3ª), en la sentencia núm. 31/2007 de 20 marzo (JUR 2007\248545) ratifica la condena de instancia que condena como autor responsable de un delito de coacciones del art. 172.2 CP al ex marido de la víctima por una conducta *consistente en una pluralidad de acciones (seguimientos, notas, vigilancias, etc...), reiteradas durante varios años, que constituyen en su conjunto un hostigamiento, intimación o persecución (un verdadero "acoso" en término de la sentencia de instancia) tendentes a obligar a su ex - esposa a reanudar una relación no deseada. No se trata de algunos actos aislados sino que en el factum se describe una "actitud" persistente ejecutada por el apelante durante largo tiempo y de forma continuada, por lo que acertadamente se estimó por el Juzgador constitutiva de un delito de coacciones, pues la víctima ha visto coartada su libertad y quebrado el derecho a la tranquilidad y sosiego*³³.

La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) en la sentencia núm. 174/2013 de 16 abril (JUR 2013\185203) también confirma la sentencia de instancia afirmando que *"la conducta del acusado de continuo y reiterado acoso a la denunciante, con numerosas llamadas telefónicas, merodeando por su lugar de trabajo, su domicilio, el domicilio de sus padres, e incluso*

³² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en derecho penal español", *Cuadernos de Política Criminal*, Número 109, I, Época II, mayo 2013, Pág.8.

³³ En un supuesto similar se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª), en el auto núm. 1730/2012 de 26 diciembre (JUR 2013\70132).

volviendo al menos en una ocasión a las inmediaciones del centro penitenciario una vez que fue puesto en libertad (...), lleva a declarar probado que ello comporta un atentado contra la libertad y seguridad de la misma, quien a consecuencia de la conducta del acusado se vio impedida en el desarrollo de una vida normal, condicionada en distintos aspectos de la misma como el laboral, su libertad de movimientos y de residencia (...) Por lo que la actuación del acusado constituye una conducta que resulta susceptible de generar intranquilidad y desasosiego, y el ejercicio de una violencia psíquica atentatoria contra la libertad de la denunciante, por tanto, los hechos han sido correctamente encuadrados por la Jugadora de Instancia en el delito de coacciones previsto y penado en el art. 172.1 del Código Penal”.

El delito de coacciones se comete cuando el sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compele a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. El bien jurídico protegido es pues, la libertad de obrar, entendida como el derecho de cualquier persona a ejecutar externamente las decisiones previamente tomadas³⁴.

De acuerdo con VILLACAMPA³⁵, encontramos aquí la primera dificultad de inclusión del *stalking* en el delito de coacciones pues en muchas ocasiones lo que se afecta con el *stalking* no es el derecho a ejecutar decisiones previamente tomadas sino que se afecta el proceso de formación de la voluntad (la denominada fase interna).

El medio comisivo es la violencia. Y es aquí donde la aplicación del delito de coacciones en supuestos de *stalking* encuentra mayores problemas. Si bien en su origen se entendía violencia como el uso de fuerza física sobre el cuerpo de otra persona, la jurisprudencia ha ido “espiritualizando” el concepto de forma que en la actualidad incluye también la violencia psíquica, la intimidación con la causación de un mal inmediato y el uso de la fuerza en las cosas³⁶. Esta interpretación tan amplia o laxa del concepto de violencia ha

³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.): “Lecciones de derecho penal. Parte especial”, Atelier, 2011, pág.94.

³⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pág.237.

³⁶ De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo núm. 305/2006, de 15 de marzo, “*en el tipo objetivo, la acción consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerla, igualmente con violencia, a realizar lo que no quiera. El empleo de la violencia constituye el núcleo de esta figura delictiva. Y la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por la admisión de la intimidación personal e incluso la violencia a través de las cosas siempre que de alguna forma afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo impidiéndole hacer lo que la Ley no prohíbe o compeliéndole a hacer lo que no quiere*”. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 1367/2002 de 18 julio (RJ 2002\8582) afirma que “*el núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas*”.

permitido la aplicación del delito de coacciones a supuestos de atentados contra la libertad de obrar que no encontraban encaje en otros tipos penales. Es por este motivo que el delito de coacciones ha sido calificado como un “tipo abierto” o “tipo delictivo de recogida”³⁷.

Si bien la interpretación jurisprudencial del medio comisivo – violencia – permitiría incriminar aquí supuestos de *stalking*³⁸, de acuerdo con RAGUÉS i VALLÈS³⁹, esta interpretación presenta problemas de infracción de la prohibición de la analogía en perjuicio del reo del art.4 CP y del principio de legalidad. Por ello, parte de la doctrina aboga por un concepto de violencia más estricto, que sólo incluya supuestos de fuerza material o “vis phisica”, excluyendo la violencia psíquica o la violencia en las cosas como medio comisivo, supuestos que no se identificarían con el *stalking*.

Todas las modalidades de coacciones requieren dolo para que sean penalmente relevantes. El dolo consiste aquí *en el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compeler*⁴⁰. Teniendo en cuenta este requisito de tipicidad subjetiva, la aplicación de este delito a supuestos de *stalking* quedaría muy reducido puesto que la voluntad del acosador acostumbra a ser la comunicación o contacto con la víctima, no la restricción de su libertad, aunque ese sea la mayor parte de las veces el resultado. Como resultado indirecto de la conducta persecutoria, tal y como pone de relieve GÓMEZ RIVERO⁴¹, la finalidad de la víctima será la de evitar la situación de persecución, y difícilmente podrá considerarse la modificación de sus hábitos o costumbres un efecto directamente pretendido por el acosador.

Por último, hemos de reiterar aquí que lo que hace al *stalking* una conducta penalmente relevante y merecedora de castigo no son los actos en el que este se concreta, sino la reiteración y persistencia del acosador en el acecho a la víctima. El delito de coacciones no admite la aplicación de la continuidad

³⁷ Recoge esta calificación la sentencia del Tribunal Supremo núm. 539/2009 de 21 mayo (RJ 2009\3209).

³⁸ Los incluye expresamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 1097/2009 de 30 septiembre (ARP 2010\27) afirmando que “*en este concepto espiritualizado de violencia, entendido como fuerza sobre la voluntad o enfrentamiento contra la libertad de actuación de otra persona, que va más allá del resultado meramente descriptivo de impedir algo a otro, caben perfectamente los casos de resistencia pasiva, de hostigamiento o de acoso, o de fuerza material en las cosas, siempre que la misma, en una dimensión o exigencia tanto cualitativa como cuantitativa del elemento normativo examinado, con independencia de la forma en que se manifieste, sea ejercida como medio o instrumento de coacción frente a una persona y tenga entidad suficiente y adecuada para impedir o hacer prácticamente imposible que el sujeto pasivo actúe según su voluntad*”.

³⁹ RAGUÉS I VALLÈS, R.: *Lecciones de derecho penal. Parte especial...*, op. cit., pág.96.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 539/2009 de 21 mayo (RJ 2009\3209).

⁴¹ GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.43.

delictiva, de acuerdo con el art.74 CP, puesto que es un delito contra la libertad. Ello constituye un obstáculo más para aplicarlo a supuestos de *stalking* en los que ningún acto del sujeto activo tiene entidad suficiente individualmente considerado como para que pueda coartar la libertad de la víctima. Y, en el caso de que lo hubiera, el tipo de coacciones no recogería todo el desvalor de la conducta del sujeto activo, puesto que sólo se valoraría esa concreta acción.

b) Delito de amenazas (art.169 CP)

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) en la sentencia núm. 203/2001 de 3 mayo (JUR 2001\196778), confirma la condena de instancia por un delito continuado de amenazas en un supuesto en que *“ha quedado acreditada la situación de miedo, más bien de pavor, que sentía la víctima, tal y como ya se ha indicado anteriormente. Si el acusado ha estado realizando múltiples llamadas a la víctima, hasta diez o doce veces diarias amenazándola, ha acudido a su domicilio y a golpeado la puerta, la ha amenazado en su lugar de trabajo, la ha amenazado por medio del portero automático de su vivienda y ha amenazado de forma directa a la víctima y a su hija, y la víctima tenía que ir acompañada a su trabajo, sólo cabe concluir la existencia de una situación de temor extremo. El acusado llevó a cabo una actuación tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, creando una situación de dominio y de poder sobre su ex mujer y su hija”*⁴².

Amenazar consiste en el anuncio del padecimiento de un mal a una persona. Si la efectiva causación del mal se condiciona al cumplimiento de una determinada acción u omisión, se trata de amenazas condicionales. El bien jurídico afectado aquí es la libertad de la víctima, entendida como el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que supone una amenaza proferida. Parte de la doctrina entiende que el delito de amenazas también tiene como objeto la tutela de la seguridad, en la medida en que ambos conceptos son inescindibles al ser la seguridad el presupuesto básico de la libertad⁴³. Punto común con el *stalking* es pues, como veremos, los bienes jurídicos afectados.

⁴² En el mismo sentido, se pronuncia la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) en la sentencia núm. 247/2000 de 30 diciembre (JUR 2001\96448), en un supuesto en que la ex pareja de la víctima la espera debajo de su vivienda, envía continuos mensajes y realiza múltiples llamadas amenazándola de muerte. Ahora bien, en este caso se condena por una falta de coacciones por el acoso y hostigamiento sufrido y por un delito de amenazas por la conducta amenazante.

⁴³ El Tribunal Supremo en la sentencia núm. 110/2000 de 12 de Junio de 2000 (RJ 2000/5254) recoge esta posición afirmando que *“las amenazas lesionan los bienes de la libertad y de la tranquilidad”*.

Ahora bien, pese a dichos puntos en común, la jurisprudencia exige unos requisitos para la apreciación de amenazas que difícilmente se encontrarán en la mayoría de los casos de *stalking*. El primero de ellos se refiere al anuncio del mal. El Tribunal Supremo exige *una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la comunicación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo; que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes*⁴⁴. Se exige pues, la expresión de un mal y que ésta se realice de un modo objetivamente idóneo para crear una sensación de inseguridad en la víctima.

Como hemos dicho anteriormente, el *stalking* puede tener carácter intimidatorio pero éste difícilmente se concretará en expresión alguna de un mal determinado sino que estará constituido por el conjunto de actos de acecho a la víctima, actos que de ser individualmente considerados, serían socialmente aceptables. De acuerdo con VILLACAMPA⁴⁵, “*supuestos en los que la conducta del stalker sea agobiante y coartadora de la libertad de la víctima pero no intimidatorias quedan fuera del delito de amenazas*”. Como hemos visto en las dos sentencias examinadas, la condena por el delito de amenazas se fundamenta en la expresión por el sujeto de expresiones amenazantes y no en el hostigamiento realizado.

⁴⁴ STS núm.774/2012 de 25 octubre (RJ 2012\11312). La Audiencia Provincial de Vizcaya resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre las amenazas constitutivas de delito de esta forma: “*El bien jurídico que se protege es la libertad del ser humano, y el derecho que las personas tenemos al sosiego, a la tranquilidad en el desarrollo normal y ordenado de la vida. El núcleo del ilícito es el anuncio, a través de hechos o de expresiones, de causar un mal que constituya delito, y que puede afectar, bien a la persona, a su honra, a sus derechos o a su libertad. Ese mal, además de ser futuro, injusto, determinado y posible, depende en su realización de la voluntad del sujeto activo, y produce la natural intimidación al amenazado, pero, en todo caso, han de valorarse las circunstancias del momento y ocasión en que se profiere, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza. El dolo específico de este supuesto supone el ejercer una presión sobre quien aparece como víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego. Para apreciar ese elemento subjetivo que es el dolo, se requiere de un propósito serio y deliberado de intimidar, y además de la conciencia y voluntariedad del acto (dolo) es preciso que la expresión del propósito, esto es, la intención de originar el mal injusto (TS 1391/2000,14-9), sea seria, firme y creíble (TS 268/1999,26- 2); se requiere, en definitiva, el propósito de ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de tranquilidad y sosiego (TS 514/2002,27-2 y 110/2000,12-6). El dolo debe deducirse mediante juicio de inferencia de los datos objetivos y subjetivos (tenor de las frases utilizadas, forma y momento en que son proferidas, ámbito de las relaciones entre autor y víctima, etc (TS 57/2000,27-1)*”. (SAP Vizcaya núm. 785/2008 de 3 octubre, ARP 2008\627).

⁴⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pág.230.

Por último, la jurisprudencia también requiere para todas las modalidades de amenazas la existencia de dolo. Éste consiste en la voluntad del sujeto activo de intimidar a la víctima. Como hemos dicho anteriormente, el *stalker*, en cambio, lo que pretende es la comunicación o proximidad con la víctima, no atemorizar

c) Otros delitos

VILLACAMPA⁴⁶ y GÓMEZ RIVERO⁴⁷ se preguntan si el **delito de trato degradante** del art.173.1 CP es el tipo adecuado para reconducir los supuestos de *stalking*, dado que algún pronunciamiento judicial aislado ha adoptado esta posición (SAP Sevilla núm.150/2014 de 4 de marzo, JUR 2004/126194). El bien jurídico protegido en este delito es la integridad moral, exigiendo una conducta consistente en infligir a otra persona un “trato degradante” que menoscabe gravemente su integridad moral. Tal y como afirman dichas autoras, es difícil que los actos de *stalking* se caractericen como humillantes y vejatorios, y que revistan la entidad suficiente como para considerarse atentatorios contra la integridad moral. Recordemos que los sentimientos de humillación y envilecimiento no son característicos del *stalking* sino de otras formas de acoso como el *mobbing* y el *bullying*.

El **delito de maltrato habitual en el ámbito familiar** del art.173.2 CP, supuesto que sería operativo sólo en los casos en que hubiera una relación personal de las establecidas en el precepto entre *stalker* y víctima, corre la misma suerte que el anteriormente examinado. La exigencia de empleo de violencia física o psíquica, que no concurre en supuestos en que simplemente se causan sentimientos de temor o intranquilidad, impediría incriminar la mayoría de supuestos de *stalking*, de acuerdo con dichas autoras⁴⁸.

3.3 Análisis del nuevo art.172 ter del Código Penal: características, críticas y problemas

Analizada la ineptitud de los delitos previstos en el Código Penal para castigar conductas de *stalking* y las exigencias de incriminación derivadas del Convenio de Estambul, se justifica la necesidad de prever un tipo específico que tipifique dichas conductas, dado que éstas suponen un atentado contra

⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pág.265.

⁴⁷ GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.41.

⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pág.277 y GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.38.

bienes jurídicos personales dignos de protección⁴⁹, como a continuación veremos.

a) Bien jurídico protegido

Ya hemos adelantado que el delito de *stalking* se ha introducido entre los delitos contra la libertad. El bien jurídico protegido aquí es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente⁵⁰. Las conductas de *stalking* afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo.

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 punible.

GÓMEZ RIVERO⁵¹ 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.

⁴⁹ No obstante, VILLACAMPA ESTIARTE, en *Stalking y Derecho Penal...*, op. cit., pp.295 y ss, niega la suficiencia del concepto de bien jurídico para justificar los límites de la intervención penal. Afirma que para defender la inclusión de un tipo de *stalking*, tal conducta ha de ser gravemente lesiva, en el sentido de afectar sustancialmente a la convivencia social externa de todos los integrantes de la sociedad y que tal dañosidad ha de poder verificarse. Ello se hace mediante el empleo de estudios empíricos-sociales, estudios que no se han realizado en España.

⁵⁰ GÓMEZ RIVERO, M^oC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.34; "GALDEANO SANTAMARÍA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.569.

⁵¹ GÓMEZ RIVERO, M^oC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.33.

Por último, hemos de advertir que, aunque el bien jurídico principalmente afectado por el *stalking* sea la libertad, también pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad⁵², en función de los actos en que se concrete el acoso⁵³.

b) Sujetos

Se trata de un delito común, ya que el texto utiliza la expresión “el que”. Por tanto, puede cometerse por cualquier persona. De la misma manera, utiliza el término “persona” para referirse al sujeto pasivo del delito. Como hemos dicho anteriormente, se trata de un delito que se introduce pensando en el ámbito de la violencia de género, pero no se exigen características específicas del sujeto activo y pasivo, incluyendo tanto hombres como mujeres y siendo la relación entre ellos irrelevante. Ahora bien, como veremos, se establece un subtipo agravado para cuando el acoso se produzca en el ámbito familiar.

c) Conducta típica

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”. De acuerdo VILLACAMPA⁵⁴, no obstante, mediante esta expresión exige que nos hallemos ante un patrón de conducta, descartando actos aislados.

La autora citada 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. Teniendo en cuenta lo dicho sobre la falta de consenso respecto a la definición del acoso, la autora considera que es lo más adecuado. Además, es el término que el Código Alemán⁵⁵, en el que se basa el tipo español, ha utilizado. Esta autora también 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

⁵² En Holanda, aunque el delito de *stalking* se encuentre entre los delitos contra la libertad, requisito típico es que el sujeto activo se inmiscuya en la vida privada de la víctima: “El que de un modo sistemático y deliberado invada la privacidad de otra persona...” (art.285 b CP holandés). Por tanto, se configura allí también como un delito contra la intimidad.

⁵³ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.584.

⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “el proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”, *cuadernos de política criminal*, n.º.109, época II, mayo 2013, pág.26.

⁵⁵ § 238 del Código penal alemán.

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

Para GUTIÉRREZ CASTAÑEDA⁵⁶ no es suficiente con la referencia a que la conducta haya 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.

La inclusión de la expresión “sin estar legítimamente autorizado” ha sido objeto de críticas. ACALE SÁNCHEZ y GÓMEZ LÓPEZ⁵⁷ proponían la eliminación de ésta en tanto que da a entender que el acoso podría estar autorizado por el ordenamiento jurídico en determinados supuestos. Se ha utilizado aquí la misma expresión que en el delito de coacciones, con la diferencia de que sí que existe una coacción legítima, que es una de las potestades de la Administración. No obstante, en opinión de GÓMEZ RIVERO⁵⁸ sí que hay acoso legítimo, como es el desarrollado por los detectives privados. VILLACAMPA⁵⁹, por su parte, también defiende la existencia de una persecución legítima, que es la desarrollada en el marco de una investigación criminal o la realizada, en su caso, con objeto de hacer efectivo el derecho a la libertad de información. Ahora bien, esta autora considera más adecuada la expresión “de modo ilegítimo” ya que no existe régimen de autorización alguno de tipo administrativo o judicial de conductas de persecución. En el dictamen emitido por el Consejo de Estado⁶⁰, se especifica que el acoso, en sí mismo, nunca puede estar justificado o amparado por una norma y por ello, no existe un acoso legítimo. Son las concretas conductas que enumera el precepto las que, en ocasiones, estarán legitimadas, como la vigilancia y persecución realizada por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado.

⁵⁶ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.586.

⁵⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., y GÓMEZ LÓPEZ, R., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.566.

⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio...*, op. cit., pág.34.

⁵⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “el proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”..., op. cit., pág.28.

⁶⁰ Dictamen del Consejo de Estado núm. 358/2013 de 27/6/2013.

A continuación se enumeran cuatro conductas de distinta naturaleza, de forma que el acoso, para ser punible, deberá realizarse a través de alguna de estas cuatro modalidades de conducta⁶¹:

- 1. Vigilar, perseguir o buscar su cercanía física:** Se incluyen de esta forma conductas tanto de proximidad física como de observación a distancia y a través de dispositivos electrónicos como GPS y cámaras de video vigilancia⁶².
- 2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas:** Se incluye pues, tanto la tentativa de contacto como el propio contacto.
- 3. El uso indebido de sus datos personales para la adquisición de productos o mercancías, el contrato de servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella:** entrarían en este supuesto casos en que el sujeto activo publica un anuncio en internet ofreciendo algún servicio que provoca que la víctima reciba múltiples llamadas.
- 4. Atentar contra su libertad o el patrimonio o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella:** No se especifica qué clase de atentado contra la libertad o patrimonio. Es decir, si se trata de los ya específicamente tipificados en el Código Penal, o bien si se incluyen también conductas no tipificadas como delito. MATALLÍN EVANGELIO⁶³ afirma que esta falta de precisión vulnera el principio de legalidad. VILLACAMPA⁶⁴ defiende la inclusión de la amenaza de atentado a la libertad, y de la amenaza y atentado contra la vida y la integridad física. Pese a que estos ya se encuentran tipificados en el correspondiente delito de amenazas o coacciones, también es cierto que también lo están los correspondientes delitos contra el patrimonio y contra la libertad.

De acuerdo con GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁵, las cuatro conductas descritas por el art.172 ter deben entenderse en el sentido de que no puedan constituir per se un delito ya que entonces serían constitutivas de tal delito, no de

⁶¹ Se trata de conductas casi idénticas a las previstas en el código penal alemán (parágrafo 238) y en el Austríaco (parágrafo 107), de acuerdo con ALONSO DE ESCAMILLA en “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso...”, op. cit. El código penal italiano, en cambio, no establece lista alguna de conductas (art.612 bis).

⁶² Se diferencia así, de acuerdo con VILLACAMPA, del Código Penal alemán, que requiere la proximidad física o que la víctima perciba visualmente al acosador: Villacampa Estiarte, C., “el proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”..., op. cit., pág.29.

⁶³ MATALLÍN EVANGELIO A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.591.

⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “el proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”..., op. cit., pág.30. Como veremos, esta autora propone la configuración del delito como un tipo residual o subsidiario para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*.

⁶⁵ GALDEANO SANTAMARÍA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.574.

stalking. La autora pone como ejemplo los atentados contra el patrimonio, que deberían circunscribirse a apropiaciones de uso, como apoderarse temporalmente de un móvil para luego devolverlo.

Por el contrario, es precisamente el hecho de que el tipo se construya esencialmente sobre conductas simplemente molestas o socialmente inocuas por lo que MATALLÍN EVANGELIO⁶⁶ defiende que el art.172 ter debería ser suprimido por ser “una extralimitación legislativa vulneradora de derechos fundamentales”. Alega que la corrección de estas conductas debería hacerse mediante mecanismos sociales o jurídicos no penales. Ahora bien, en mi opinión, dicha autora analiza individualmente las modalidades de conductas tipificadas en el precepto sin tomar en consideración las demás exigencias del tipo. Las considera meramente molestas e inocuas, sin tener en cuenta que lo que las hace merecedoras de reproche penal es, como hemos venido reiterando a lo largo de este trabajo, su sistematicidad y persistencia y la afectación que supone para la libertad de obrar del sujeto pasivo.

La redacción final del precepto ha suprimido una quinta cláusula de carácter general existente en el texto del anteproyecto, que establecía un *numerus apertus*, mediante la fórmula “cualquier otra conducta análoga a las anteriores”. Esta cláusula fue objeto de críticas por atentar contra el principio de legalidad y taxatividad de los tipos penales⁶⁷. Por otro lado, de esta manera se cierra la posibilidad de castigo de nuevas formas acoso que puedan surgir en el futuro por no estar específicamente previstas en el tipo.

Por último, hemos de advertir que, pese que hay autores como GALDEANO SANTAMARÍA⁶⁸ Y GUTIERREZ CASTAÑEDA⁶⁹ que defienden que se trata de un tipo mixto entre las amenazas y las coacciones por proteger simultáneamente el bien jurídico libertad y seguridad, no se exige aquí el anuncio de ningún mal, ni explícito ni implícito por parte del sujeto activo ni tampoco un sentimiento de temor en la víctima. No obstante, será precisamente ese temor, lo que en la mayoría de los casos altere el desarrollo de su vida cotidiana.

⁶⁶ MATALLÍN EVANGELIO A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.590.

⁶⁷ GALDEANO SANTAMARÍA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.569.

⁶⁸ GALDEANO SANTAMARÍA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.573.

⁶⁹ GUTIERREZ CASTAÑEDA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.584.

d) Subtipos agravados

El artículo 172 ter prevé dos subtipos agravados:

El primero es cuando se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación. Esta circunstancia agravante fue incorporada posteriormente en el texto del proyecto, en atención a lo establecido en el art.46 del Convenio de Estambul, que exigía que las Partes adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que una serie de circunstancias, entre las cuales la especial vulnerabilidad de la víctima, se tomaran en consideración como agravantes en los delitos contemplados en el propio Convenio⁷⁰.

El segundo tipo agravado es cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el art.173.2 CP. Se refiere pues, a conductas realizadas en el marco de la violencia familiar, con independencia del género del sujeto activo y pasivo.

VILLACAMPA⁷¹ propone la inclusión de otro tipo cualificado, consistente en que el delito se cometa con infracción de una de las penas contempladas en el art.48 CP o de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Pese a que estos supuestos son cualificados como delitos de quebrantamiento de condena (art.468 CP), la autora defiende su mejor tratamiento como tipo cualificado de *stalking* en los supuestos en que se realicen en el marco de conductas de acoso persecutorio, por afectar esencialmente a intereses individuales de la víctima, más que intereses de la Administración de Justicia.

e) Delito de resultado

El precepto exige que la realización de la conducta típica altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo⁷². Es por este motivo que se configura como un delito contra la libertad de obrar. De acuerdo con GALDEANO SANTAMARÍA⁷³, este es el elemento determinante, nuclear y

⁷⁰ Se prevén también en el Convenio citado otras circunstancias agravantes que no han sido tomadas en consideración en el art.172 ter como que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor; que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente; que el delito se haya cometido utilizando o amenazando con un arma; que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima.

⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.607.

⁷² El art.442 bis del Código Penal Belga, en cambio, exige que el acosador sepa o deba saber “que con su actitud podía afectar gravemente la tranquilidad de la persona acosada”.

⁷³ GALDEANO SANTAMARÍA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.569

principal del tipo. Las críticas aquí se centran en la inseguridad jurídica que causa el hecho de que el legislador no defina que se debe entender por “alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana”. Tampoco hay jurisprudencia que lo defina ya que es un concepto nuevo en la legislación penal. Es más, tal y como advierte ALONSO DE ESCAMILLA⁷⁴, su definición quedará en manos de la jurisprudencia menor en tanto que por la pena prevista, no podrá ser objeto de recurso de casación.

La autora citada opina que es más correcto utilizar la figura del hombre medio colocado en la situación de la víctima. Se utilizaría así un criterio objetivo frente al subjetivo por el que ha optado el legislador. Ello evitaría tener que probar la alteración de la vida cotidiana de la víctima en el caso concreto y también evitaría que se castigaran supuestos en los que, pese a no alcanzar la gravedad necesaria, se alterase gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima por ser ésta especialmente sensible.

f) Concurso con otros tipos delictivos

Se establece en el apartado tercero del precepto una cláusula concursal según la cual “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”.

De acuerdo con GALDEANO SANTAMARÍA⁷⁵, esta cláusula debería ser suprimida en tanto que vulnera el principio *non bis in ídem*. Si los actos de acoso son constitutivos de otro delito, nos encontramos ante un concurso de normas que se ha de resolver conforme el art.8 del CP. Por progresión delictiva debería quedar absorbido en el art.172 ter, al estar abarcado por su dolo, o bien debería aplicarse el delito que tenga prevista mayor pena.

VILLACAMPA⁷⁶ defiende configurar el delito como subsidiario, de forma que fuera aplicable salvo que los hechos constituyeran un delito más grave⁷⁷. De esta forma, afirma, también se evitaría que en caso de concurso de normas se aplicara de forma preferente el delito de *stalking* y se privilegiara así al acosador, puesto que otros delitos, como el de coacciones y maltrato habitual, prevén una pena más grave. Además, propone modificar la cláusula concursal para que sea compatible con la cláusula de subsidiariedad y no vulnere el

⁷⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades” *Revista La ley penal*, n.º. 105, 2013.

⁷⁵ GALDEANO SANTAMARÍA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.570.

⁷⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.610.

⁷⁷ Esta es la opción por la que se decanta el art.612 bis del Código Penal italiano el cual dispone que “*excepto que el hecho constituya otro delito más grave, será castigado....*”.

principio *non bis in ídem*. En este sentido, propone exceptuar de la posibilidad de concurso los delitos que incriminen supuestos de violencia o acoso psicológico y atentados contra la libertad de obrar.

Como ya hemos dicho anteriormente, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA⁷⁸ aboga por dejar en un segundo plano las acciones en que el *stalking* se concreta, pero en todo caso defiende que éstas sean penalmente irrelevantes, de forma que consistan en comportamientos cotidianos e ino cuos considerados aisladamente. Habría que excluir las conductas que per se constituyen delito, eludiendo así los problemas de infracción de la prohibición de *bis in ídem*. Esta autora defiende en consecuencia, la supresión de la cláusula concursal.

g) Condición de procedibilidad

El apartado cuarto del precepto establece la necesidad de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal como requisito de procedibilidad. No se requerirá denuncia previa cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art.173.2 CP.

En el caso de menores de edad o personas con discapacidad también bastará denuncia del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art.105.2 LECr.

De acuerdo con VILLACAMPA⁷⁹, dicho requisito tendría sentido si se articularan otros mecanismos alternativos a la vía penal, como las órdenes de protección y sanciones civiles, pero no es el caso. Como veremos en el siguiente apartado del presente trabajo, estos mecanismos sí que se prevén en la legislación de Estados Unidos y proveen a la víctima de una protección adicional alternativa o complementaria a la penal.

h) Pena

Se establece una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses para el tipo básico.

Respecto a los dos subtipos agravados de delito de acecho, cuando se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, establece una pena de prisión de 6 meses a 2 años y cuando se trate de una de las personas a las que se refiere el art.173.2 CP, establece una pena de prisión de 1 a 2 años o trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días.

⁷⁸ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.587.

⁷⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., en GARCÍA ÁLVAREZ...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, op. cit., pág.601.

Si comparamos la pena prevista en el art.172 ter con la prevista para otros tipos de acoso, observamos como el acoso inmobiliario y el laboral tiene prevista la misma pena, que es la misma que la prevista para el delito de trato degradante (art.173.1 CP). Ahora bien, estas dos formas de acoso no tienen prevista la pena alternativa de multa. El acoso sexual tiene prevista una pena menor, siendo ésta de prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses (art.184 CP).

Por último, al tratarse de un delito contra la libertad, se podrían imponer las penas accesorias previstas en el art.48 CP, de acuerdo con el art.57 CP. Estas son la prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos, de aproximarse a la víctima o a sus familiares y de comunicarse con la víctima o familiares. En mi opinión, la imposición de estas penas accesorias en el delito de *stalking* son indispensables desde el punto de vista de la protección de la víctima, dada la naturaleza del delito.

4.4 *Cyberstalking* en el Código Penal Español

En nuestro ordenamiento se prevén delitos relacionados con la informática que tipifican hechos que pueden ser cometidos por el *cyberstalker*. Es el caso del acceso ilícito a datos o programas informáticos así como su modificación (art.197.2 CP), los daños informáticos (art.264 CP), y, con la última reforma del Código Penal, la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona (art.197.7 CP). Ahora bien, dichos delitos no se encuentran configurados para posibilitar con carácter general la incriminación de supuestos de *cyberstalking*, sino concretas conductas realizadas en el marco de un acoso realizado a través de Internet.

Como modalidad de *stalking*, el art.172 ter CP debería poder incluir supuestos en que el acoso se realiza de forma cibernética. Hemos de tener en cuenta que el precepto enumera conductas como “vigilar”, “contactar” y “atentar contra la libertad o el patrimonio” sin especificar el método o medios a través del cual pueden realizarse dichas conductas. Ello permitiría incluir las realizadas mediante GPS, teléfono, internet, cámaras espía y cualquier otra tecnología.

De esta forma, el envío masivo de correos electrónicos y la publicación en los perfiles de las redes sociales de la víctima, podrían subsumirse en la segunda de las modalidades de conducta que prevé el art.172 ter, ya que se trata de una forma de establecer o intentar establecer contacto con la víctima. El

hacking de la cuenta de correo electrónico así como la introducción de virus espía en el ordenador de la víctima sería un supuesto subsumible en la primera modalidad comisiva, esto es “vigilar”, si se interpreta que no es necesaria la proximidad física entre acosador y víctima. La creación de una página web con datos de la víctima ofreciendo servicios sexuales constituiría un supuesto de uso indebido de datos personales para hacer que terceras personas se pongan en contacto con el acosado.

En mi opinión, pues, el art.172 ter es lo suficientemente amplio como para permitir el castigo de, sino todos, la mayoría de los supuestos de *cyberstalking*. No obstante, sería conveniente incorporar en el art.172 ter una referencia al hecho de que las conductas de acecho puedan cometerse a través de cualquier dispositivo o medio informático o tecnológico.

Como afirma ALONSO DE ESCAMILLA⁸⁰, el reto es la elaboración de leyes que sin ser excesivamente vagas o imprecisas, den respuesta a los supuestos de *stalking* que se lleven a cabo mediante tecnologías ya conocidas así como las que se puedan desarrollar en el futuro.

Por último, no obstante, hemos de advertir que respecto a la pena prevista para esta clase de delitos, en mi opinión es insuficiente la pena de prisión y las accesorias que se puedan imponer previstas en el CP. Al tratarse de hechos cometidos a través de internet, debería preverse la pena accesoria de prohibición durante el tiempo de duración de la condena, sino de acceso a toda la red, de acceso a las redes sociales o sitios web a través de los cuales cometió el delito⁸¹. También se debería prever como medida cautelar para una inmediata protección a la víctima del ciberacoso.

⁸⁰ ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de stalking como nueva forma de acoso...”, op. cit.

⁸¹ Medida similar se impuso por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva en la sentencia de 17 de octubre de 2012 como “deber de conducta” en un caso de tenencia y distribución de pornografía infantil. La sentencia impone “la cancelación de la contratación de cualquier contrato de acceso a Internet, bien asociado a números de telefonía fija o móvil, durante el plazo de condena, incluidos los actualmente mantenidos por él hasta el momento” y ordena la comunicación de la prohibición a la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, “a fin de que a su vez sea comunicada a todos los operadores de acceso a Internet registrados ante ella”. Para un análisis de las dificultades de la ejecución de la sentencia que imponer este deber véase MENDOZA LOSANA, A.: “Eficacia privada de la pena de “destierro virtual” ¿Están los proveedores de acceso a internet obligados a negarse a contratar con los condenados por delitos cometidos a través de la red?” accesible en el sitio web <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/eficacia-privada-de-la-pena-de-destierro-virtual-estan-los-proveedores-de-acceso-a-internet-obligados-a-negarse-a-contratar-con-los-condenados-por-delitos-cometidos-a-traves-de-la-red.pdf>

5. EL TRATAMIENTO DEL STALKING EN EL DERECHO COMPARADO

En el anterior apartado ya hicimos alguna referencia a las previsiones anti-*stalking* de algunos países europeos. La tipificación del *stalking* procede de los países del *common law*, siendo originario de Estados Unidos y, pasando después a Inglaterra y Escocia, su influencia se extendió a países de la Europa continental⁸².

En este apartado analizaremos cuál es la regulación que en Estados Unidos se da al *stalking*. Dado el breve espacio del que disponemos, nos hemos decidido por dicho país, puesto que, como hemos dicho, fue el precursor en Occidente. No pretendemos ofrecer un análisis pormenorizado sino una visión global, suficiente para apreciar las similitudes y diferencias con el tratamiento del *stalking* en España.

5.1. El *stalking* en Estados Unidos

California fue el primer estado de Estados Unidos en crear un tipo específico de *stalking* en 1990. El apuñalamiento de la actriz Theresa Saldana y el asesinato de la actriz Rebecca Schaeffer fueron el detonante que causó la inclusión de dicho delito, debido a su repercusión mediática, aunque el problema del acoso no era nuevo. En ambos casos los acosadores era fans obsesionados que llevaban tiempo acosando a dichas actrices⁸³. No obstante, como afirma VILLACAMPA, *la necesidad de incriminar este tipo de conductas no se genera con un solo acontecimiento, pues más bien resulta multifactorial*⁸⁴.

Después le siguieron el resto de estados y actualmente los 50 estados y el Gobierno Federal prevén disposiciones anti-*stalking* en sus respectivos códigos penales⁸⁵. Dada la proliferación de leyes anti-*stalking*, el Instituto Nacional de Justicia de Estados Unidos, a propuesta del Congreso, realizó un

⁸² Actualmente, los países que prevén un tipo específico de *stalking* en Europa son Alemania (§238 StGB), Austria (art. 107 a CP), Países Bajos (art.285 b CP), Dinamarca (art.265 CP), Bélgica (art. 442 bis CP), Italia (art.612 bis CP), Suecia (capítulo 4, 4b§ CP), Malta (sección 249 - 251 D CP), Irlanda (Non-Fatal Offences Against the Person Act) y Reino Unido (The Protection from Harassment Act”).

⁸³ JEREMY TRAVIS, J.D. “Domestic Violence, Stalking, and Antistalking Legislation”, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 1996, pág.3, accesible desde el sitio web <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/stlkbook.pdf>

⁸⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal...*, op. cit., pág.56.

⁸⁵ De acuerdo con ANDREW KLEIN, Ph.D, et al, en “A Statewide Study of Stalking and Its Criminal Justice Response”, *National Institute of Justice, Office of Justice Programs*, U.S. Department of Justice, 2009, pág.19, 14 estados clasifican el *stalking* directamente como delito, mientras que 35 lo clasifica como delito sólo cuando se trata de la segunda ofensa y/o cuando se dan factores agravantes como el uso de armas, violación de una orden de protección, libertad condicional o si la víctima es menor de 16 años. Únicamente Maryland clasifica el *stalking* como un delito menor (en inglés, “misdemeanor”).

modelo de código anti-stalking para los estados, código que fue revisado en el 2007 y que carece de fuerza normativa⁸⁶. No analizaremos aquí los delitos de *stalking* de todos los estados⁸⁷ pero en tanto que comparten características comunes, nos fijaremos en dichas características y veremos en qué se diferencian entre ellos y con el previsto en el ordenamiento español.

A modo de ejemplo, la redacción actual del art.646.9 del Código Penal de California, establece que: “*quien intencionada, maliciosamente y repetitivamente siga u hostigue⁸⁸ a otra persona y formule una amenaza creíble⁸⁹ con la intención de colocar a dicha persona en razonable temor por su seguridad, o la seguridad de algún familiar directo, es culpable del delito de stalking*”.

Dicho delito prevé una pena de prisión de hasta 1 año o multa de hasta 1000\$, pudiéndose imponer ambas penas. Además, prevé varios tipos cualificados: cuando dicha conducta se realiza vulnerando una *restraining order* o una orden judicial que la prohíbe, contra la misma persona, la pena de prisión se agrava de 2 a 4 años. Cuando la conducta de *stalking* se realiza habiendo sido la persona condenada por el mismo delito, la pena de prisión se agrava de 2 a 5 años. También se prevé la emisión de una orden de protección por parte del Tribunal de hasta 10 años de duración, en función de la gravedad de los hechos, la probabilidad de su reiteración y la seguridad de la víctima y de su familia.

Como hemos podido observar, para que concurra el delito son necesarios 3 elementos. Estos elementos son comunes en las previsiones de los demás

⁸⁶ Su versión revisada se puede consultar en THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME *The Model Stalking Code Revisited. Responding to the New Realities of Stalking*, Washington, 2007, accesible en el sitio web <https://www.victimsofcrime.org/docs/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=0>.

⁸⁷ Se puede consultar las previsiones anti-stalking de todos los estados en la siguiente web del “Stalking Resource Center” del NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME, centro asociado con el Departamento de Justicia de EE.UU.: <https://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center>

⁸⁸ El precepto define “hostigar” como “*patrón de conducta deliberado dirigido a una persona específica que seriamente alarma, molesta, atormenta o aterroriza a dicha persona y que no tiene un propósito legítimo. El patrón o curso de conducta debe estar constituido por dos o más actos realizados en un corto período de tiempo, evidenciando así una continuidad en el mismo propósito*”.

⁸⁹ El precepto define “amenaza creíble” como “*amenaza verbal o escrita, incluyendo la realizada mediante el uso de un dispositivo de comunicación electrónica, o amenaza implícita a través de un patrón de conducta o de una combinación de expresiones verbales, escritas o electrónicas y conducta, hecha con la intención de colocar a la persona blanco de la amenaza en un temor razonable por su seguridad o la seguridad de su familia, y realizada con la aparente capacidad de llevarla a cabo con el fin de hacer que la persona blanco de la amenaza tema razonablemente por su seguridad o la seguridad de su familia. No es necesario probar que el acusado tenía la intención de llevar a cabo efectivamente la amenaza (...)*”.

estados así como en el modelo de código anti-stalking que hemos mencionado, aunque con distintos matices, como a continuación veremos:

1. Patrón/curso de conducta: Se exige que el sujeto activo realice intencionadamente un conjunto de actos que, en conjunto, muestren un patrón de conducta. En ocasiones se exige un número mínimo determinado de actos⁹⁰ y/o se enumera un conjunto de conductas, tales como el seguimiento de la víctima, comunicaciones inconsentidas, vigilancia, que pueden ser ejemplificativas⁹¹ o bien un *numerus clausus*⁹². Dicho patrón de conducta no ha de ser querido por la víctima y ha de causarle una determinada reacción: angustia emocional y/o temor. En determinados estados se usa un criterio subjetivo y en otros se usa el patrón de una persona razonable en la situación de la víctima. También se usa una combinación de los dos⁹³.
2. Amenaza: Aunque la tendencia es la supresión de este requisito, aún algunos estados exigen que el sujeto activo formule una amenaza o actúe de forma amenazante, definiendo en cada caso qué se entiende por “amenaza”. En algunos casos se incluyen supuestos en que no se ha expresado una amenaza y por tanto, esta se encuentra implícita en la conducta. La clase de amenaza exigida varía de un estado a otro⁹⁴. En ocasiones se incluye también las amenazas a los familiares de la víctima. En la actualidad, la mayoría de los estados han suprimido dicho requisito y han incorporado la amenaza como uno más de los actos que puede realizar el *stalker* en su patrón de conducta.
3. La intención del sujeto activo: En todos los estados se exige que los actos constitutivos de stalking se hayan realizado intencionadamente. Además, en algunos estados se requiere probar que el *stalker* tenía la intención de causar temor a la víctima. Generalmente, no obstante, se requiere simplemente que, con su conducta, el sujeto activo debió saber que sus actos causarían temor a la persona razonablemente⁹⁵.

Vemos aquí un punto en común con el ordenamiento español, que es la exigencia de una conducta persistente y reiterada del sujeto activo (patrón de

⁹⁰ Es el caso de Colorado, Illinois, Michigan y Carolina del Norte, que requieren la realización de 2 o más actos.

⁹¹ Es el caso de estado de Michigan, que incluye conductas como perseguir o aparecer a la vista de la persona, aparecer en su lugar de trabajo, contactar con ella por teléfono, colocar un objeto, o enviarlo a su casa (MCLS § 750.411h).

⁹² Es el caso de Illinois, que limita el *stalking* a “seguir o poner bajo vigilancia a la persona” (ILCS 5/12-7.3.).

⁹³ El “Model Stalking Code revisited”...op. cit., recomienda usar un patrón objetivo.

⁹⁴ El estado de Colorado y de Nuevo Méjico requieren además que el *stalker* haya realizado algún acto dirigido a materializar la amenaza.

⁹⁵ Es el caso de Iowa (§ 708.11).

conducta). El establecimiento de un listado de comportamientos es más propio del modelo europeo de incriminación⁹⁶ pero también está presente en algunos estados, aunque siempre poniendo énfasis en los demás requisitos del tipo⁹⁷.

Podemos advertir, no obstante, una clara diferencia respecto a los requisitos típicos previstos en el ordenamiento español. Mientras que en Estados Unidos el tipo tradicionalmente giraba alrededor de la conducta amenazante y el temor de la víctima (bien jurídico seguridad), en el ordenamiento español el elemento principal del tipo es la alteración del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo (bien jurídico libertad de obrar). Ahora bien, conscientes de que en muchas ocasiones la conducta del sujeto no va a cumplir con el requisito de causación de un temor por su seguridad en la víctima, el “Model Stalking Code for States” de 2007 recomendaba incorporar la causación de angustia emocional como requisito alternativo. En el mismo sentido, también recomendaba la supresión del requisito de la “amenaza creíble” así como del requisito de la intención específica de causar temor a la víctima. En consecuencia, se han observado cambios significativos en dicha dirección.

En cuanto a la pena prevista, cuando se considera un delito menor suele ser castigado con una pena de prisión de hasta 1 año, mientras que si se considera delito, las penas van de 3 hasta 5 años. También se suelen prever tipos cualificados que agravan la pena.

Hemos de advertir que muchas de las previsiones anti-stalking de Estados Unidos han sido acusadas de vaguedad y de incluir conductas de forma tan amplia que infringen derechos constitucionales como la libertad de expresión y de movimientos, aunque los Tribunales generalmente defienden su constitucionalidad⁹⁸.

Además de la previsión del *stalking* como delito, algunos estados prevén en sus códigos civiles el denominado ***tort of stalking***⁹⁹, que establece la responsabilidad civil por los daños causados a la víctima derivados del *stalking*. Es el caso del estado de California, cuyo Código Civil (§ 1708.7)

⁹⁶ ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “el delito de stalking como una nueva forma de acoso...”, op. cit.

⁹⁷ El “Model of Stalking Code revisited”..., op., cit., recomienda incluir en la definición de “patrón de conducta” una simple guía ejemplificativa de la clase de conductas que se incluyen.

⁹⁸ De acuerdo con JEREMY TRAVIS, J.D, en el año 1996, el Departamento de Justicia había identificado 53 problemas de constitucionalidad en las leyes anti-stalking de 19 estados., “Domestic Violence, Stalking, and Antistalking Legislation”..., op. cit., pág.6.

⁹⁹ En octubre del 2012, eran 13 los estados que preveían dicho ilícito civil, de acuerdo con THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME.

prevé que una persona es responsable del “tort of stalking” cuando el demandante prueba la concurrencia de los siguientes elementos: (1) que el acusado llevó a cabo un patrón de conducta con la intención de seguir, alarmar o hostigar al demandante. (2) que como resultado de esa conducta, el demandante razonablemente temió por su seguridad, o por la seguridad de su familia inmediata y (3) que, a) como resultado de esa conducta el demandado realizó una amenaza creíble con la intención de provocar razonablemente al demandante un miedo por su seguridad o la seguridad de su familia, y que al menos en una ocasión el demandante le requirió claramente pero sin éxito que cesara en su conducta o bien que b) el demandado violó una orden de protección.

De acuerdo con JEFFREY DION¹⁰⁰, este ilícito civil es aplicable independientemente de la persecución penal que pueda o no llevarse a cabo y da a las víctimas otra vía legal para obtener la reparación de daño causado. Este daño incluye todos los gastos en los que ha incurrido como resultado de la conducta del *stalker*, como por ejemplo los gastos de la instalación de medidas de seguridad, de la pérdida del trabajo, de terapia psicológica, etc. También se incluyen sanciones pecuniarias.

Por último, también se prevé en el orden civil la adopción de órdenes de protección, denominadas “restraining orders”. Es el caso del estado de Michigan, Florida y Utah, entre otros. De acuerdo con MILLER¹⁰¹, en el 2001, 26 estados preveían la adopción de dicha orden de protección frente al *stalking* y 50 estados la preveían cuando el *stalking* se daba en el ámbito de la violencia doméstica. De acuerdo con TRAVIS¹⁰², estas órdenes civiles de protección se usan para evitar el contacto de la persona con la víctima y advertir al acosador de la antijuricidad de su conducta. En caso de vulneración de la orden, se prevé una multa o su encarcelación, determinando en algunos estados la aplicación del tipo agravado de *stalking*.

5.2. Previsiones anti-cyberstalking en Estados Unidos

De acuerdo con “The National Center for Victims of Crime¹⁰³”, las nuevas tecnologías han cambiado las formas en que los *stalkers* acosan a sus víctimas. Es significativa la falta de necesidad de proximidad física para monitorizar o vigilar a las víctimas ya que esto se puede realizar mediante

¹⁰⁰ JEFFREY DION.: *Model Civil Stalking Statute*, accesible en el sitio web <https://www.victimsofcrime.org/docs/src/model-civil-stalking-statute.pdf?sfvrsn=0>

¹⁰¹ MILLER, N.: “Stalking Laws and Implementation Practices: A National Review for Policymakers and Practitioners”, 2001.

¹⁰² JEREMY TRAVIS: “Domestic Violence...”, op. cit. , pág.9.

¹⁰³ THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME “*The Model Stalking Code Revisited...*”, op. cit., pág.15.

GPS¹⁰⁴, una cámara oculta, o un programa espía en su ordenador que intercepte todos sus movimientos en la red. La exigencia de proximidad física para cometer el delito se hace ahora inadecuada y por ello los diferentes estados bien han adaptado sus previsiones anti-stalking, incorporando referencias a medios electrónicos, o bien han aprobado de forma diferenciada al “stalking” lo que se denomina “cyberstalking laws”.

Ejemplo del primer caso es el ya citado Código Penal del estado de California, que modificando su art.646.9, introdujo en la definición de “amenaza creíble” la realizada por cualquier medio de comunicación electrónica¹⁰⁵. Otro ejemplo es el estado de Montana, que incluye “el acecho, amenaza o intimidación, en persona o vía correo electrónico, comunicación electrónica...o mediante cualquier otra acción, dispositivo o método” (Mont. Code Ann. § 45-5-220).

Ejemplo del segundo caso es el estado de Illinois, que tipifica el delito de *cybestalking* de la siguiente manera:

“Una persona comete *cyberstalking* cuando lleva a cabo un patrón/curso de conducta mediante comunicación electrónica¹⁰⁶ dirigida a una persona específica, sabiendo o debiendo saber que dicha conducta causa a una persona razonable: (1) temor por su seguridad o la seguridad de una tercera persona; o (2) angustia emocional”.

También comete *cyberstalking* la persona que, “sabiendo y sin justificación legal, en al menos dos ocasiones, acecha a otra persona a través de comunicación electrónica y: (1) en cualquier momento transmite una amenaza de daño corporal inmediato o futuro, asalto sexual, confinamiento o detención, y la amenaza se dirigía hacia esa persona o un miembro de la familia de esa persona o (2) pone la persona o la familia de esa persona en un temor razonable de daño corporal inmediato o futuro , asalto sexual , el confinamiento o detención ; o (3) en cualquier momento solicita a sabiendas la comisión de un acto a cualquier persona que constituiría una violación de este Código dirigida hacia esa persona o un miembro de la familia de esa persona. Por último, una persona también comete *cyberstalking* “cuando a sabiendas y sin justificación legal, crea y mantiene un sitio web accesible para una o más terceras personas por un período de al menos 24 horas y que contiene

¹⁰⁴ Ver *People vs Sullivan* (Court of Appeals No. 01CA0121, 18 de julio del 2002), caso en el que el Tribunal interpretó que el concepto “poner bajo vigilancia” incluía la realizada a través de dispositivos GPS y en consecuencia, que se trataba de un delito de *stalking*.

¹⁰⁵ Este término incluye pero no se limita a “teléfonos, móviles, ordenadores, grabadoras de vídeo, fax, o buscapersonas.”.

¹⁰⁶ Se define “comunicación electrónica” como “cualquier transferencia de signos, señales, escritos, sonidos, datos o informaciones de cualquier naturaleza transmitida en su totalidad o en parte por un cable, radio, sistema fotoeléctrico, electromagnético o foto-óptico. Incluye las transmisiones por un ordenador a través de Internet a otro ordenador”.

declaraciones de acoso a otra persona y: (1) comunica una amenaza corporal inmediata o futura, asalto sexual, confinamiento o detención, dirigida a una persona o a un miembro de la familia de esa persona, (2) pone la persona o la familia de esa persona en un temor razonable de daño corporal inmediato o futuro, asalto sexual, el confinamiento o detención, o (3) solicita a sabiendas la comisión de un acto a cualquier persona que constituiría una violación de este Código dirigida hacia esa persona o un miembro de la familia de esa persona”.

Dicho delito se clasifica como un “delito de clase 4”, por lo que se castiga con 1 a 4 años de prisión. Una segunda o subsiguiente condena por *cyberstalking* es un delito de Clase 3, por lo que se castiga con una pena de prisión de 2 a 5 años.

Ahora bien, como hemos dicho, tipificar en leyes distintas las conductas tradicionales de *stalking* y *cyberstalking* no es la opción más acertada. Como hemos venido reiterando a lo largo de este trabajo, la conducta del *stalker* debe valorarse en su conjunto y puede estar formado por actos de muy distinta naturaleza. De esta manera, el *stalker* puede utilizar tanto medios tradicionales como las nuevas tecnologías para acosar a su víctima. El hecho de que se prevean diferentes delitos en función de los medios empleados, dificulta su persecución, tanto en la decisión de qué delito es aplicable como en recoger suficientes indicios de criminalidad al no valorarse el conjunto de la conducta.

De acuerdo con “The National Center for Victims of Crime¹⁰⁷”, la vía más eficiente para combatir el *stalking* es la elaboración de leyes que cubran las conductas de acoso realizadas a través de cualquier método, tanto tradicional como a través de las tecnologías actuales y futuras. Esto se haría mediante la incorporación a la definición de “curso o patrón de conducta” el uso de las nuevas tecnologías, incluyendo actos realizados “mediante cualquier acción, método, dispositivo o medio”.

¹⁰⁷ NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME: *The Model Stalking Code Revisited...*, op. cit., pág.46.

6. CONCLUSIONES

El *stalking* es una conducta que merece reproche penal en tanto que afecta a bienes jurídicos de la víctima dignos de protección, como es la libertad de obrar y la seguridad. El desvalor del *stalking* se encuentra, no en actos individualizados, sino en la conducta del sujeto activo tomada en su conjunto, conducta que se caracteriza por la persistencia y reiteración en el tiempo de actos de acecho o persecutorios. Es precisamente esta característica la que causa una angustia emocional o intranquilidad a la víctima que la lleva a cambiar sus costumbres, hábitos de vida, lugares de paso, trabajo, domicilio, etc.

La existencia de otros tipos penales a través de los cuales se ha venido castigado conductas de *stalking* son insuficientes puesto que, debido a sus requisitos típicos, muchos de los casos de *stalking* se consideran atípicos. Como hemos venido reiterando a lo largo de este trabajo, los actos del *stalker* aisladamente considerados, no tienen porqué ser socialmente reprochables y esto dificulta a la víctima su protección. En las amenazas, normalmente esta se encuentra implícita en la conducta persecutoria del *stalker* pero en pocas ocasiones será expresada. En cuanto a las coacciones, el medio comisivo – violencia – no se encuentra en los casos de *stalking* en sentido estricto. Del mismo modo, otros tipos resultan igualmente insuficientes para subsumir supuestos de *stalking*.

En los casos en que sí que se puede acudir a los tipos ya existentes, éstos tan solo ofrecen una protección puntual ya que, al penalizar incidentes individualmente considerados, no recogen todo el desvalor de la conducta del *stalker*.

El nuevo delito de *stalking* del art.172 ter del CP pretende dar una respuesta a las deficiencias que presentan los anteriores tipos para castigar el desvalor de las conductas de hostigamiento o acoso persecutorio, aunque no faltan voces que defienden la no inclusión de este delito por entender que los actos de *stalking* no tienen suficiente relevancia como para merecer reproche penal.

Como principales críticas al nuevo delito se afirma que puede suponer una vulneración de la prohibición *non bis in idem*, al castigar por duplicado algunas conductas. En efecto, la inclusión de este delito genera una serie solapamientos normativos que no han sido solventados satisfactoriamente por la cláusula concursal, además de poder suponer una ventaja al acosador, por ser la pena prevista para el delito de *stalking* inferior a la de coacciones, tipo por el que se venía castigando estas conductas. También se ha criticado aspectos de su redacción como la falta de concreción de algunos elementos

del tipo, entre los que se encuentran las modalidades de conducta y el resultado típico.

El tipo de *stalking* del Código Penal español se diferencia del previsto en Estados Unidos en su configuración principalmente como un delito contra la libertad de obrar. Aunque de la Exposición de Motivos se derive que se trata de un tipo penal mixto que protege tanto la libertad de obrar como la seguridad, no exige que la conducta del sujeto activo sea amenazante ni la causación de un temor a la víctima. En Estados Unidos, en cambio, el bien jurídico principalmente protegido ha sido tradicionalmente la seguridad, en tanto que los elementos nucleares del tipo son la amenaza y el temor a la víctima y no se exige afectación a la libertad de obrar. Ahora bien, constatado el hecho de que la exigencia de dichos requisitos limitaba enormemente la persecución de los casos de *stalking*, en los últimos años ha habido un cambio de tendencia hacia la supresión de la exigencia de la amenaza y la sustitución del temor por la angustia emocional.

Los avances tecnológicos han provocado la aparición del *cyberstalking*, que posibilita que el acosador se escude en el anonimato que le proporciona la red para perpetrar toda clase de conductas de hostigamiento hacia la víctima. Debido a las particularidades que presenta esta forma de *stalking* frente al tradicional, es más dificultosa su persecución y protección a la víctima.

La adaptación de los delincuentes a las TIC no ha venido acompañada de un cambio en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que prevea el uso de técnicas de investigación que permita una mayor efectividad a la hora de investigar y perseguir los delitos cometidos a través de Internet. Podemos afirmar que nuestra legislación procesal se ha quedado obsoleta y que es necesaria su actualización a la sociedad del siglo XXI, hecho constatado por el legislador español, dado que actualmente se está tramitando un Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el propósito de solucionar dicho problema. Tampoco existen criterios legales de determinación de la jurisdicción penal internacional en casos de ciberdelincuencia transnacional. Se hace necesaria la previsión de mecanismos eficaces para la resolución de posibles conflictos de jurisdicción así como de cooperación judicial internacional para una rápida identificación del sujeto y evitación de la destrucción de pruebas.

En Estados Unidos los diferentes tipos anti-stalking se han ido adaptando para supuestos de *cyberstalking*. En España, el art.172 ter CP no hace ninguna referencia a supuestos de *stalking* cometidos a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación pero ello no impide que estos supuestos puedan ser subsumidos en dicho precepto puesto que tampoco exige que las conductas enumeradas se realicen de una determinada forma o

a través de un medio concreto ni proximidad física entre acosador y víctima. No obstante, sí que se echa en falta la previsión de medidas cautelares y penas adaptadas a la cibercriminalidad, como la limitación de acceso a las TIC.

Por último, el legislador español ha abordado la problemática del *stalking* exclusivamente vía penal, sin prever la posibilidad de su sanción vía civil ni la adopción de otras medidas tuitivas de la víctima como las órdenes de protección civiles existentes en otros ordenamientos. La condición de procedibilidad prevista en el art.172 ter CP, cobraría de esta forma sentido, en tanto que la formulación de denuncia indicaría la voluntad de acudir a la vía penal en preferencia a la civil.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, *Revista La ley penal*, nº. 105, 2013.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.: “Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes”, *Lex Nova*, Valladolid, 2011.
- GARCÍA ÁLVAREZ, F., GÓMEZ ALLER, D...[et al]: *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- JEREMY TRAVIS, J.D. “Domestic Violence, Stalking, and Antistalking Legislation”, financiado por el National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 1996.
- KLEIN, A. Ph.D., SALOMON, A., Ph.D. et al: “A Statewide Study of Stalking and Its Criminal Justice Response”, financiado por el National Institute of Justice, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice, 2009.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, I., Galán Muñoz, A... [et al.]: *El Acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- M.GREGORIE, T.: “Cyberstalking: Dangers on the Information Superhighway”, National Center for Victims of Crime, financiado por el National Institute of Justice, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice, 2001.
- MILLER, N.: “Stalking Laws and Implementation Practices: A National Review for Policymakers and Practitioners”, financiado por el National Institute of Justice, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice, 2002.

- MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Número 16, Junio 2013.
- ORTIZ PRADILLO, C.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Ed. Colex, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, R., (coord.); Castiñeira Palou, M^aT ... [et al.]: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier libros, Barcelona, 2011.
- THE NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME: *The Model Stalking Code Revisited. Responding to the New Realities of Stalking*, Washington, 2007.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en derecho penal español”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm.109, I, Época II, mayo 2013, págs.5-44.