

Universidad CEU Cardenal Herrera

Departamento de Derecho Público



**VIOLENCIA DE GÉNERO
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 172 TER.**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

D^a Lara Esteve Mallent

Dirigida por:

Dr. D. Javier García González

VALENCIA, 2016

Para Diego y Aitana
mis pequeños *padawan*

AGRADECIMIENTOS

A Miguel Ángel Altés,

por haberme animado a empezar el Doctorado. Por haberme enseñado lo importante que es la constancia, la humildad y el sentido común en nuestra profesión.

A Javier García,

por tu ayuda, tu paciencia y por darme alas para escribir sobre lo que me apasiona. Por creer en mí cuando ni yo misma lo hacía.

A Katia,

por estar siempre a mi lado. Por la tranquilidad y amor que me transmites. Por las largas sobremesas en las que Vicent y tú resolvíais pacientes mis dudas en la creación de este trabajo. Por haberme ayudado a comprender la importancia del oficio docente.

A mi padre,

porque siempre has creído en mí. He sentido tu apoyo incondicional y tu entusiasmo en cada aventura de mi vida. Y eso me ha ayudado a crecer, a alcanzar nuevas metas y a comprender que los límites los ponemos nosotros mismos. De ti he aprendido que si lo puedo soñar, lo puedo hacer.

A mi madre,

por ser mi guía y un ejemplo a seguir en la vida. Por ser mi amiga, mi madre, mi maestra. Por ayudarme a encontrar el sentido común las veces que lo pierdo, y ser crítica cuando debes serlo. Por apoyarme en este proyecto desde el principio, leyendo y releendo las páginas que iba escribiendo. Esta tesis es también tuya.

A Francisco, mi compañero de viaje,

por cogerme bien fuerte de la mano cuando, a veces, levanto los pies del suelo. Por tu apoyo silencioso y firme en cada proyecto que emprendo. Me inspira tu constancia y tus ganas de avanzar en la vida. Sentirte a mi lado me da fuerzas para alcanzar nuevas metas.

Entre todos y todas, junto con Diego y Aitana, me habéis enseñado a afrontar la vida con alegría, y a no tener miedo a iniciar nuevos caminos, como el que estoy emprendiendo ahora.

Gracias

Cuentan que Apolo, tras vencer a la serpiente Pitón, se atrevió a burlarse del dios Eros por llevar arco y flechas siendo tan niño.

Irritado, Eros se vengó disparándole una flecha, que le hizo enamorarse locamente de la ninfa Daphne, mientras a ésta le disparó otra flecha que le hizo odiar el amor y especialmente el de Apolo.

Apolo la persiguió sin descanso, día tras día, huyendo Daphne continuamente de él. Cuando, finalmente, iba a darle alcance, la ninfa pidió ayuda a su padre, el río Ladón.

Éste atendió a las súplicas de su hija, la cual sintió como sus miembros se le entorpecían: sus entrañas se cubrían de una tierna corteza, los cabellos se convertían en hojas, los brazos en ramas, los pies, que eran antes tan ligeros, se transformaban en retorcidas raíces, y todo su cuerpo se tornaba en un rígido y bello ser inmóvil.

Quedó Daphne convertida en laurel. Pero este nuevo árbol siguió siendo, no obstante, objeto de deseo y amor de Apolo, el cual, poniendo su mano derecha en el tronco, advirtió que aún palpitaba el corazón de su amada dentro de la nueva corteza. Abrazando las ramas como si a él le pertenecieran, besó aquél árbol que parecía rechazar sus besos. Por último le dijo:

-Viendo que ya no puedes ser mía, al menos serás un árbol consagrado a mi deidad. Mis cabellos, mi lira y aljaba se adornarán de laureles. Tú ceñirás las sienas de los capitanes cuando el alborozo publique su triunfo y suban al capitolio con los despojos que hayan ganado a sus enemigos. Serás fidelísima guardia de las puertas de los emperadores, cubriendo con tus ramas la encina que está en medio, y así como mis cabellos se conservan en su estado juvenil, tus hojas permanecerán siempre verdes.

Mito de Apolo y Daphne

SUMARIO

Nota de la autora sobre la elección del tema objeto de estudio	15
INTRODUCCIÓN.....	19
1.- Encuadre de la Tesis Doctoral en las disciplinas científicas.	21
2.- Introducción y justificación en la elección del tema.	21
2.1.- Importancia de la Violencia de Género en el derecho penal español	25
2.2.- Delitos afines y configuradores de la Violencia de Género	26
2.3.- Importancia de la figura del delito de <i>stalking</i> en el derecho español	27
3.- Objeto de estudio e hipótesis	29
4.- Estructura	31
5.- Fuentes consultadas	35
6.- Metodología	42
CAPÍTULO I. VIOLENCIA DE GÉNERO COMO UNA REALIDAD. DISTINCIÓN CON FIGURAS	
AFINES	47
1.- Violencia de Género como una realidad social y penal.....	49
2.- Comportamientos afines a la Violencia de Género.....	55
2.1.- Violencia de género y Violencia Doméstica	56
2.1.1.- Análisis conceptual de la Violencia Doméstica.....	56
2.1.2.- Valoración del supuesto estudiado y su relación con la Violencia de Género	62
2.2.- Violencia de género y Violencia ejercida por uno de los integrantes de una pareja hacia el otro siendo ambos del mismo sexo: Violencia <i>Intragénero</i>	64
2.2.1.- Regulación legal de las Uniones Estables de Pareja y su importancia en la normalización de las relaciones homosexuales	64
2.2.2.- Análisis del concepto de Violencia <i>Intragénero</i> y su respuesta penal	69
2.2.3.- Valoración del supuesto estudiado y su relación con la Violencia de Género	72
2.3.- Violencia de género y Violencia ejercida en las relaciones sentimentales paralelas.....	74
2.3.1.- Análisis del concepto de “relaciones sentimentales paralelas”	74
2.3.2.- Valoración del supuesto estudiado y su relación con la Violencia de Género	75
2.4.- Relación entre las situaciones estudiadas y la Violencia de Género.....	76
3.- Delitos afines a los cometidos en el ámbito de Violencia de Género.....	79
3.1.- Violencia de género y Difusión no consentida de contenidos íntimos	79

3.1.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo	79
3.1.2.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género	86
3.2.- Matrimonio Forzado	88
3.2.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo	88
3.2.2.-Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género	91
3.3.- Violencia de Género y Trata de personas.....	92
3.3.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo	92
3.3.2.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género	93
3.4.- Violencia de género y Odio y Discriminación.....	95
3.4.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo	95
3.4.2.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género	98
3.5.- Estudio de la figura del quebrantamiento y su evolución legislativa.....	99
3.5.1.- Evolución legislativa	99
3.5.1.1.- Redacción original del Código Penal de 1995.....	99
3.5.1.2.- Redacción conforme a la Ley 15/2003.....	100
3.5.1.3.- Redacción conforme a la Ley 1/2004.....	101
3.5.1.4.- Novedades que presenta la Ley Orgánica 5/2010	102
3.5.2.-Redacción tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015. Especial incidencia en la incorporación en el tipo delictivo de quebrantamiento de la manipulación de dispositivos electrónicos.....	103
3.5.3.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género	111
3.6.- Modificaciones penales operadas por la Ley Orgánica 1/2015 que afectan al tratamiento de la violencia de género	115
3.7.- Valoraciones sobre los tipos penales estudiados y su relación con la Violencia de Género.....	119

CAPÍTULO II. DELITOS ENCUADRABLES EN VIOLENCIA DE GÉNERO..... 127

1.- Introducción sobre la presencia de los delitos de Violencia de Género en la legislación penal..... 129

2.- Elementos calificadores de delitos cometidos en ámbito de Violencia de Género 132

2.1.- Circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal	133
2.1.1.- Regulación legal de la circunstancia mixta de parentesco y origen legislativo	133
2.1.2.- Fundamento jurídico de la inclusión de la circunstancia mixta en el Código Penal	135
2.1.3.- Elementos configuradores de la circunstancia mixta del artículo 23 del Código Penal	135
2.2.- Estudio de la agravante por razón de género, prevista en el artículo 22.4º del Código Penal.....	137
2.2.1.- Regulación legal de la agravante por razón de género y origen legislativo.....	137

2.2.2.- Fundamento jurídico de la inclusión de esta agravante en el Código Penal	139
2.2.3.- Elementos configuradores de la circunstancia agravante del artículo 22.4º del Código Penal	141
3.- Delitos cometidos en el ámbito de violencia de género	142
3.1.- Delito de lesiones graves: Artículo 147 y concordantes del Código Penal	143
3.1.1.- Consideraciones generales	143
3.1.2.- Origen y evolución legislativa	144
3.1.3.- Análisis del tipo penal.....	153
3.2.- Delito de lesiones leves o maltrato: Artículo 153 del Código Penal.....	160
3.2.1.- Consideraciones generales.....	160
3.2.2.- Origen y evolución legislativa	163
3.2.3.- Análisis del tipo penal.....	180
3.3.- Delito de amenazas: Artículo 171 del Código Penal.....	184
3.3.1.- Consideraciones generales	184
3.3.2.- Evolución histórica y legislativa	186
3.3.3.- Análisis del tipo penal actual.....	194
3.4.- Delito de coacciones: Artículo 172 del Código Penal	203
3.4.1.- Consideraciones generales.....	203
3.4.2.- Evolución histórica y legislativa	204
3.4.3.- Análisis del tipo penal actual.....	214
3.5.- Delito de vigilancia y acoso: Artículo 172 ter del Código Penal	219
3.5.1.- Consideraciones generales.....	220
3.5.2.- Evolución histórica y legislativa	223
3.5.3.- Análisis del tipo penal actual.....	225
3.6.- Delito de violencia habitual, vejaciones e injurias: Artículo 173 del Código Penal.....	231
3.6.1.- Consideraciones generales.....	231
3.6.2.- Evolución histórica y legislativa	231
3.6.3.- Análisis del tipo penal.....	244
4.- Valoración de la relación entre violencia de género y el Código Penal español.....	253
CAPÍTULO III. DELITO DE STALKING	263
1.- Introducción al delito de <i>stalking</i>	265
1.1.- Aproximación al delito de <i>stalking</i> en el derecho español.....	267
1.2.- Antecedentes del <i>stalking</i> y derecho comparado	274
1.2.1.- Primeras legislaciones reguladoras anglosajonas	275
1.2.2.- Regulación en legislaciones latinoamericanas	287
1.2.3.- El <i>stalking</i> en los países de la Europa continental.....	290

1.2.4.- El stalking en el Derecho Español	305
1.3.- Posiciones doctrinales sobre el concepto y la tipificación del delito de <i>stalking</i>	312
1.3.1.- Doctrina fuera de nuestras fronteras	312
1.3.2.- Aportaciones doctrinales en el derecho español	321
1.3.3.- Toma de postura	325
2.- Bien jurídico protegido	331
2.1.- Introducción	331
2.2.- Postura doctrinal sobre la determinación del bien jurídico protegido	336
2.2.1.- Postura doctrinal mayoritaria sobre la determinación del bien jurídico protegido	336
2.2.2.- Aportaciones minoritarias sobre la determinación del bien jurídico protegido	339
2.3.- Posición jurisprudencial	342
2.4.- Toma de postura.....	344
3.- Conducta típica	347
3.1.- Descripción del tipo	347
3.1.1.- Acoso.....	348
3.1.2.- Conducta insistente y reiterada	352
3.1.3.- Falta de legitimación para realizar las conductas. Cuestiones prácticas que presentan problemas de aplicación del tipo.....	359
I. Delito provocado y al agente encubierto.....	368
II. Detectives privados.....	371
III. Escraches.....	379
3.1.4.- Momento de la consumación: Alteración de la vida cotidiana de la víctima.....	383
3.2.- Modalidades de conducta	390
3.2.1.- Vigilancia, persecución, búsqueda de cercanía física	391
3.2.2.- Establecimiento de contacto con la víctima	398
3.2.3.- Uso de datos personales para adquisición de productos o mercancías, contrato de servicios o facilitar que terceras personas se pongan en contacto con la víctima	405
3.2.4.- atentado contra la libertad o patrimonio de la víctima o seres próximos a ella.....	416
3.2.5.- Previsión en anteproyecto sobre “conducta análoga”	425
3.3.- Modalidades en la comisión del hecho delictivo	431
3.3.1.- Dolo como delito forma de culpabilidad	431
3.3.2.- Imprudencia en la comisión del delito	433
4.- Naturaleza jurídica del delito	434
5.- Sujetos activo y pasivo del delito de <i>stalking</i>	438
5.1.- Sujeto activo.....	438
5.2.- Sujeto pasivo	438
5.3.- Tipos agravados en función de los sujetos contra los que se dirige la acción	438

5.3.1.- Personas especialmente vulnerables	444
5.3.1.1. Agravante en el derecho comparado	444
5.3.1.2. Situación en el derecho español	448
5.3.1.3. Pena aplicable.....	453
5.3.1.4. Reflexión final	453
5.3.2.- Sujetos pasivos previstos en el apartado segundo del artículo 172 ter del Código Penal ..	456
5.3.2.1.- Agravante en el derecho comparado	457
5.3.2.2.- Situación en el derecho español	462
5.3.2.3.- Pena aplicable.....	467
5.3.2.4.- Observaciones a la agravante de género y parentesco.....	469
5.4.- Incidencia de la violencia de género en la aplicación del artículo 172 ter.....	475
5.4.1.- Aplicabilidad de la agravante por razón de género en el tipo delictivo del artículo 172 ter	475
5.4.2.- Requisito de denuncia previa en la persecución del delito de <i>stalking</i> en materia de violencia de género	478
5.4.3.- Pena a imponer en delitos de esta naturaleza	479
6.- Causas de justificación.....	481
7.- Culpabilidad e imputabilidad. El error en la comisión del delito	483
7.1.-Culpabilidad e imputabilidad	483
7.2.- Apreciación del error en el tipo delictivo	483
8.- Intercriminis.....	487
8.1.- Consumación del delito	487
8.2.- Tentativa en la comisión del delito	488
9.- Concurso y figuras afines al delito de <i>stalking</i>	490
9.1.- Posturas doctrinales sobre la inclusión del artículo 172 ter apartado 3 del Código Penal	491
9.2.- Aproximación al apartado 3 del Artículo 172 ter del Código Penal	495
9.2.1- Concurso ideal y medial asociado al apartado tercero del artículo 172 ter	498
9.2.2.- Concurso real asociado al apartado tercero del artículo 172 ter.....	501
9.3.- Reflexión sobre la inclusión del apartado tercero del artículo 172 ter del Código Penal	504
9.4.- Supuesto especial de la relación concursal entre el delito de <i>stalking</i> y el delito de quebrantamiento, con especial incidencia en materia de violencia de género.....	506
9.4.1- Agravante de quebrantamiento en el delito de <i>stalking</i> en derecho comparado	506
9.4.2.- Situación en el derecho español	509
9.4.3.- Crítica a la falta de previsión del quebrantamiento como supuesto agravado del delito de	

<i>stalking</i>	511
9.4.4.- Reflexión final	514
9.5.- <i>Stalking</i> y delito de amenazas.....	516
9.5.1- Delito de amenazas en el Derecho español. Bien jurídico protegido.....	516
9.5.2- Delito de amenazas y relación con el delito de <i>stalking</i> español.....	519
9.5.3- Presencia de las amenazas en el delito de <i>stalking</i> en el derecho comparado	522
9.5.4- Problema concursal entre el delito de amenazas y el delito de <i>acoso</i> español.....	525
9.6.- <i>Stalking</i> y delito de coacciones	528
9.6.1- Delito de coacciones en el Derecho español. Bien jurídico protegido	528
9.6.2- Delito de coacciones y relación con el delito de <i>stalking</i> español	532
9.6.2.1- Presencia de las coacciones en el delito de <i>stalking</i> en el derecho comparado.....	532
9.6.2.2.- Problema concursal entre el delito de coacciones y el delito de <i>acoso</i> español	534
9.7.- <i>Stalking</i> y delito de acoso. Especial referencia al artículo 172.1 y 184 del Código Penal	539
9.7.1- Delito de acoso y su dificultad definitoria	539
9.7.2- Tipos de acoso	540
9.7.3.- Relación del delito de <i>stalking</i> con el delito de acoso laboral e inmobiliario	548
9.7.3.1.- Marco comparativo entre <i>stalking</i> , acoso laboral y acoso inmobiliario	549
9.7.3.2.- Problema concursal entre el artículo 172 ter y el acoso laboral o inmobiliario.....	554
10.- Penalidad	563
11.- Perseguibilidad.....	565
11.1.- Ámbito del requisito de perseguibilidad	565
11.2.- Críticas a la configuración del requisitos de perseguibilidad.....	566
11.3.- Reflexión final.....	570
CONCLUSIONES	573
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	587

Nota de la autora sobre la elección del tema objeto de estudio

El trabajo que hoy presentamos tuvo unos comienzos de investigación algo distintos a lo que ha sido el resultado final. En un primer momento, el objeto del proyecto fue el análisis conceptual de la violencia de género, así como el examen de la evolución del término a lo largo de estos más de diez años de vigencia de la Ley Orgánica 1/2004.

Partiendo de la definición plasmada en el artículo 1—y que tendremos oportunidad de analizar a lo largo del trabajo—la Ley recoge conceptos penales propios de la violencia de género, pero no se queda ahí, y sus límites se expanden hacia más allá de las fronteras del derecho penal, alcanzando disciplinas tan dispares como la social, la salud, publicidad o educación. Todo ello contribuye a enriquecer el concepto de violencia de género enunciado en el artículo citado, y por ello nuestra primera propuesta de investigación iba en ese sentido, aun siendo conscientes del riesgo de adentrarnos, aún con un objetivo de estudio penal, en otros ámbitos que no eran propios de esta disciplina.

La Ley 1/2004 dio carta de naturaleza a la violencia de género, y la influencia de esta Ley determinó que el Código Penal pasara a incluir tipos delictivos que, directa o indirectamente, remitían a conductas propias de violencia de género, previendo el castigo correspondiente. Esta circunstancia, en los albores del proyecto, también nos pareció interesante, a la hora de perfilar el concepto de violencia y enmarcarlo en un contexto legal concreto.

Pretendíamos comprobar, en un principio, si el marco penal cubría suficientemente las necesidades de tipificación y castigo de conductas de esta naturaleza.

Sin embargo, en marzo de 2015 tuvimos que replantearnos el rumbo que estaba tomando nuestro trabajo.

El 31 de mayo de 2015 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Reforma del Código Penal, lo que hizo que dos tercios del articulado se vieron afectados por esta reforma. Nuevas redacciones de artículos antiguos. Incorporación de artículos bis, ter, quarter y hasta sixties. Tipificación de nuevos delitos, desconocidos hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta reforma, claro está, no vino de manera espontánea. No surgió de pronto. En

2012 se confeccionó el Anteproyecto de la Reforma del Código Penal, que ya apuntaba lo que iba a ser una reforma sustancial (y en cierta forma estructural, con la eliminación del Libro III) del Código Penal.

El Anteproyecto no fue la única previsión legal importante en materia penal; en estos últimos años la proliferación legislativa –no sólo en el ámbito penal-- ha sido realmente significativa, y muchos proyectos de leyes han quedado, tras su redacción, olvidadas en los pasillos del Congreso. Otras han sufrido modificaciones de envergadura, y algunas han sido publicadas con años de retraso.

La inseguridad de previsión jurídica que generaron los acontecimientos fue una de las razones por las que el anuncio de reforma del Código Penal fuera tomado con cautela por los/las profesionales del derecho, a la espera de los acontecimientos que quedaban por venir.

Y esta fue también una de las razones por las que, en los inicios de nuestra investigación, el contenido del Anteproyecto no fuera incluido como una piedra estructural sobre la que construir la tesis.

Independientemente de lo que pudiéramos sospechar, el Anteproyecto perduró en el tiempo; fue sometido a examen crítico de distintas esferas jurídicas (Consejo General del Poder Judicial, Consejo Fiscal, Consejo de Estado), y finalmente vio la luz el 31 de marzo de 2015, entrando en vigor el 1 de julio de ese mismo año, como Ley Orgánica 1/2015.

En esta reforma de tan grande calado, resultaron afectados, como no podía ser de otra manera, los artículos relacionados con la violencia de género.

No pudimos mirar hacia otro lado ante esta evidencia, y por esto mismo consideramos oportuno desandar parte del camino iniciado, y entrar de lleno en el estudio de esta reforma.

Analizando la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, pudimos comprobar que la misma afectaba también al ámbito de violencia de género, bien otorgando otras redacciones a artículos ya vinculados con esta materia, bien incorporando figuras delictivas que se referían, directa o indirectamente, a la misma.

En el estudio de los artículos afectados por la Ley Orgánica 1/2015, uno de ellos nos llamó la atención: era un artículo que estaba insertado en el Título referente a los

delitos contra la libertad, a continuación de la tipificación del delito de coacciones.

Se trataba de un delito que castigaba el acoso. Se refería a actuaciones ilegítimas, reiteraciones y cambios de rutinas. Mencionaba actos de vigilancia, persecuciones, atentados contra el patrimonio y la libertad. Nos llamó la atención la heterogeneidad de las conductas que conformaban este tipo delictivo.

El delito de acoso, conocido como *stalking* debido a la procedencia norteamericana de la figura, se semejaba a otras figuras delictivas, como las coacciones o amenazas. Pero no era ni una ni otra. Creímos interesante ahondar en el estudio de esta figura, investigar sobre su origen legislativo.

Y es que, alejándose de la tradición del sistema penal español —que tradicionalmente incorpora figuras delictivas de origen continental— el delito de *stalking* tiene clara inspiración norteamericana, aunque también es cierto que su tipificación fue exportada hace años al marco jurídico europeo.

Uno de los aspectos de la configuración de este delito, y en la línea de lo que estábamos investigando, fue la relación de la figura del acoso con la violencia de género. No es éste un artículo que haga referencia expresa a la violencia de género; al contrario, el delito de acoso se configura como un delito común, que recoge como subtipos agravados la comisión del delito contra personas especialmente vulnerables o contra personas descritas en el artículo 173.2, entre las que, sí, se encuentra la mujer que sea o haya sido cónyuge o pareja del agresor. Pero vemos que no se trata de una referencia concreta a los casos de violencia de género, si no que este supuesto queda recogido junto a otras condiciones con la misma esfera de protección.

A pesar de no tener, como decimos, una regulación concreta y propia en materia de violencia de género, el nexo con ésta era claro; no existen todavía estadísticas ni datos oficiales sobre esta afirmación, dada la escasa vigencia temporal del artículo.

Como profesional de los juzgados, y práctica del derecho, no podíamos si no advertir que este artículo venía a cubrir lagunas en materia de violencia de género que hasta ahora no eran consideradas constitutivas de delito, o que para serlo debían ser reconducidas a figuras semejantes, si se daban los requisitos para ello.

Y creímos que la percepción que se experimentaba en la práctica judicial diaria, debía ser estudiada y analizada, para determinar si efectivamente el tipo del acoso venía a cubrir necesidades dignas de represión penal, o si por el contrario los comportamientos

descritos configuraban el *stalking* como un tipo delictivo superficial y reiterativo, que se solapaba con figuras ya asentadas, haciendo innecesaria la incorporación del mismo al ordenamiento penal español.

En suma, ante ello, era evidente que nuestro trabajo, ya iniciado, debía incorporar las novedades legislativas establecidas por la Ley Orgánica 1/2015. Y no sólo eso; nos pareció interesante entrar en un análisis más pormenorizado del delito de *stalking*. Estudiar la figura típica, sus particularidades y la relación que guarda con otras semejantes, tales como el delito de amenazas, coacciones o acosos de otra naturaleza. Y todo ello desde una perspectiva “de género”: partiendo de la investigación del tipo delictivo de acoso, conseguir descubrir la relación existente entre éste y la violencia de género, logrando determinar la naturaleza de los nexos de unión.

Al mismo tiempo, el estudio del tipo delictivo de acoso debía enmarcarse en un contexto. Si pretendíamos analizar la presencia e influencia de la violencia de género en el delito de *stalking*, antes debíamos situar la cuestión. Y ello conllevaba realizar una primera incursión en el estudio del concepto de violencia de género, lo que ya nos encontrábamos realizando, y que finalmente pasó a formar el primer capítulo.

A continuación, debíamos tener en cuenta los delitos que, de manera directa, indirecta o por remisión, se referían a la violencia de género. Podríamos conformar así una ordenación sistemática de los delitos relacionados con la violencia de género en función de las remisiones que hacen a esta materia. Y en la ordenación situaríamos también al delito de *stalking*. Esta fue la razón de ser del segundo de los capítulos.

Por último, examinado el término de violencia de género, y regulados los delitos relacionados con esta materia, consideramos que estaríamos en condiciones de afrontar el análisis de la figura del *stalking*, estudiando el tipo delictivo y sus particularidades sobre la base de los contextos normativos que habríamos analizado previamente. Y así lo hicimos.

INTRODUCCIÓN

1.- Encuadre de la Tesis Doctoral en las disciplinas científicas.

El trabajo de investigación que aquí se presenta se enmarca en el programa de Doctorado de Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración, en el departamento de Derecho Público, y más concretamente, en el ámbito de Derecho Penal.

Dentro de la amplitud de materias comprendidas en el Derecho Penal, el presente proyecto pretende dirigirse al estudio del concepto de violencia de género, así como a los delitos comprendidos en este ámbito. Asimismo, estudiaremos la figura de un delito en particular, el acoso o *stalking*, y la relación de éste con la violencia de género.

2.- Introducción y justificación en la elección del tema.

Con la despedida del siglo XX y la entrada en el XXI, surge en España una creciente preocupación política y legislativa por los derechos y libertades de las mujeres, y en particular por los delitos cometidos contra ellas por quien fuera o hubiese sido su esposo o pareja. Lo que hasta entonces se había estudiado en un contexto normativo de carácter internacional o, más recientemente, como parte de la problemática de violencia familiar, adquiere ahora categoría propia y se instala en nuestro derecho como digno de especial y particular protección.

La llegada de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹ trae consigo la configuración del término “violencia de género”, expresión utilizada desde hacía años en los cuerpos normativos internacionales pero que no adquiere carta de naturaleza sino a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2004.

Tal y como establece la Exposición de Motivos de esta Ley, la violencia de género no es un problema que afecte únicamente al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta

¹ Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

El objeto de la Ley 1/2004 pretende atender a las recomendaciones que organismos e instituciones internacionales venían realizando a los distintos estados, aspirando de esta forma a configurar una respuesta global al problema de la violencia de género. En el contexto europeo debemos destacar la Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres, y para proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), fijando la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.

La Ley abarca una protección integral para la víctima de violencia de género y las personas afectadas por la misma, tratando de dar solución a los problemas que se puedan plantear. El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad de actuación de las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.

Esta norma hace visible la necesidad de establecer una protección integral para las mujeres que han sido víctimas de un delito por quien sea o haya sido su cónyuge o pareja, así como la protección de menores que se hayan visto afectados directa o indirectamente por estas situaciones.

La Ley 1/2004 no configura la violencia de género como un delito propio, ni como una figura jurídica, social o política específica; la Ley define la violencia de género como *un tipo de violencia*, en concreto la violencia ejercida por un hombre hacia la mujer que sea o haya sido su pareja o cónyuge, cuando la misma sea ejercida a consecuencia de una

situación de poder, superioridad y desigualdad del sujeto activo hacia el pasivo. En nuestro trabajo, estudiaremos el concepto de violencia contra la mujer por razón de género asociado con los tipos delictivos recogidos en el Código Penal que puedan guardar relación con dicho concepto.

La Ley de Protección Integral entró en vigor en 2005. Su puesta en marcha mereció una crítica favorable desde el marco jurídico europeo. Y es que lo dispuesto en esta norma superó con creces los objetivos meramente penales, pues su contenido abarcaba una multitud de disciplinas, todas directamente relacionadas con la violencia de género, pero excediendo, algunas de ellas, de la competencia propia de los Jueces y Tribunales. Tal y como adelanta la Exposición de Motivos, la disposición legislativa establecía medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo, reforzando una imagen que respetara la igualdad y la dignidad de las mujeres. Se apoyaba a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico.

Proporcionaba así una respuesta legal exhaustiva que abarcaba tanto las normas procesales --creando nuevas instancias--, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley.

Se establecieron también, a consecuencia de la implantación de la Ley, medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, en coordinación con otras medidas de apoyo.

Es fundamental señalar que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La norma de 2004 otorgaba su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva los mecanismos de protección adoptadas respecto de la mujer que tenían a su cargo hijos o

personas especialmente vulnerables.

De la gran variedad de disciplinas que recoge la Ley Orgánica 1/2004, la que afecta al objeto de estudio del presente trabajo es la que incide en el ámbito de derecho penal. Una de las novedades que contempla la Ley en esta materia es la descripción de “violencia de género”, lo que no se había realizado hasta entonces en la legislación española.

Pero la sociedad avanza inexorablemente hacia nuevos horizontes legislativos. Han pasado más de diez años desde la entrada en vigor de la Ley, y mucho se ha escrito desde entonces. Numerosos tratados, tesis, postulados doctrinales, y una cuantiosa jurisprudencia han surgido tras la entrada en vigor de la Ley 1/2004.

Lo descrito hasta ahora podría llevar a pensar que escribir una tesis sobre violencia de género puede no resultar novedoso, por ser un tema tan estudiado desde tan diversos puntos de vista, que nada podría añadir al marco jurídico legal de nuestro país.

Sin embargo, basta con contemplar las noticias, consultar la jurisprudencia o leer la doctrina reciente, para darnos cuenta de que la violencia de género no ha desaparecido del marco jurídico, y no han quedado resueltos los conflictos que la Ley 1/2004 trataba de resolver. Desgraciadamente, tampoco han dejado de morir mujeres a consecuencia de esta lacra, que es un problema que afecta no a unas cuantas mujeres y menores, sino a toda la sociedad.

La violencia de género sigue cobrando relevancia en nuestro ordenamiento jurídico. Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2004, son numerosos los intentos, iniciativas y medidas que se han dictado desde los ámbitos legales, sociales, económicos, políticos y de otras esferas para erradicar los delitos de esta naturaleza.

Es por ello por lo que entendemos que el tema elegido no es redundante, ni carece de actualidad. Estamos ante una grave situación que incide y erosiona a la sociedad española al completo, porque las mujeres son parte activa de la sociedad, porque la sociedad tiene un problema cuando no consigue acabar con las muertes, lesiones y atentados contra las mujeres. Y existiendo un problema legal, entendemos que existe, entonces, un interés para investigar sobre el mismo.

La presente tesis ha pretendido realizar un acercamiento a la violencia de género en distintas fases. La elección de los Capítulos y el contenido de los mismos obedece a criterios concretos, que pasamos a exponer.

2.1.- Importancia de la Violencia de Género en el derecho penal español

La Ley 1/2004 establece una definición del concepto de “violencia de género”. En concreto, lo hace en su artículo primero, definiendo los objetivos de la ley. El primer apartado establece lo siguiente: "*1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*". El apartado segundo se refiere a las medidas de protección integral que prevé la ley, y que tienen como objetivo prevenir, sancionar y erradicar esta violencia, así como prestar asistencia a las mujeres y menores que sean víctimas de esta violencia.

El último apartado del artículo concreta el concepto de “violencia”, entendiendo que se refiere a toda clase de *violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*.

La Ley de Protección integral contra la Violencia de Género hizo un esfuerzo considerable por concretar el término de *violencia de género*, destacando la necesaria relación de poder entre agresor y víctima, así como la que existe entre ellos y la naturaleza de la violencia, siendo ésta contemplada desde un punto de vista amplio.

No obstante lo destacable de ese intento de concreción, lo cierto es que la delimitación de su significado en ocasiones se ve alterada por la contraposición de conceptos semejantes al de violencia de género, pero que sin embargo mantienen una naturaleza jurídica distinta.

La razón de ser del primer capítulo del presente trabajo es la clarificación del concepto de violencia de género. Para ello, partiremos del concepto de violencia de género fijado en el artículo primero de la Ley. Posteriormente, analizaremos otras formas de violencia que guardan semejanzas con ésta, y descubriremos si estas figuras pueden

incluirse en el concepto de violencia de género o si por el contrario se conforman como supuestos que quedan fuera de la esfera de protección y determinación de la Ley 1/2004.

Tras el análisis anterior, estaremos en condiciones de ofrecer una visión global sobre el significado de “violencia de género”.

2.2.- Delitos afines y configuradores de la Violencia de Género

Tras centrar el concepto de violencia de género, pasaremos a estudiar, en el segundo capítulo, los delitos relacionados con este tipo de violencia. Veremos que la Ley 1/2004 no definió delitos concretos en materia de violencia de género, sino que dio una definición de tal concepto. Tampoco las leyes que publicaron posteriormente unificaron los delitos propios de violencia de género, y el resultado es una dispersión normativa en esta materia a lo largo de todo el Código Penal.

El estudio de estos delitos nos permitirá definir el ámbito de aplicación de la violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico, así como la ubicación en el Código Penal de los tipos delictivos relacionados con delitos de esta naturaleza.

La Ley 1/2004 tampoco contribuye a aclarar el escenario penal, aunque debemos reconocer el esfuerzo de la misma, primero, por definir el contexto en el que se desarrolla la violencia de género, y, segundo, por delimitar el ámbito de “violencia de género”. Aunque la Ley no establece un elenco concreto de delitos propios de violencia de género –lo que podría haber simplificado la regulación penal–, al hacer referencia expresa al término “violencia”, abre la puerta a contemplar las violencias antes referidas como delitos propios de violencia de género –siempre que se cumplan las premisas del apartado primero del artículo–, no por redacción expresa del concepto, pero sí por remisión desde este apartado.

Los delitos que afectan a la mujer como víctima de violencia de género los encontramos descritos a lo largo del articulado del Código Penal. En algunas ocasiones, la referencia es clara y directa, y existen artículos que expresan concretamente la relación entre el sujeto activo y pasivo, de tal manera que los tipos delictivos así descritos se erigen como una suerte de delito *propio* de violencia de género. Por contra, en otras ocasiones nos encontramos con referencias tácitas o veladas a los casos en que el tipo delictivo en

cuestión se cometa por un hombre contra quien sea o haya sido esposa o pareja de éste.

Esta falta de organización sistemática de los delitos de violencia de género favorece la dispersión en cuanto al estudio y la clasificación de los delitos propios de esta materia, y también proporciona que, las posibilidades de clasificación de delitos de esta naturaleza sean múltiples.

2.3.- Importancia de la figura del delito de *stalking* en el derecho español

La parte más extensa del presente trabajo viene dedicada al análisis del tipo delictivo del acoso o *stalking*, que constituye el objeto de estudio del tercer capítulo. Este delito, desconocido en nuestro ordenamiento jurídico hasta julio de 2015, tiene su origen en el derecho norteamericano, el cual incorporó esta figura a su elenco de delitos en los últimos años del siglo XX. Reino Unido importó el tipo delictivo, el cual pasó al derecho continental y tras años de permanencia en los ordenamientos jurídicos europeos, entró a formar parte del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, que desembocó en la creación de la Ley Orgánica 1/2015.

El tipo objeto de estudio se configura como un modo de acoso. La modalidad delictiva castiga comportamientos de naturaleza heterogénea que contribuyen a crear en la víctima una sensación de hostigamiento que le lleva a modificar sustancialmente su vida ordinaria. Si bien el delito es estudiado, como decimos, en el capítulo tercero, el mismo es nombrado en el capítulo anterior, al examinar los delitos relacionados con la violencia de género. El *stalking* es introducido como tipo delictivo en el capítulo segundo por considerar que éste pertenece a los delitos que guardan relación con la violencia de género. Hemos entendido oportuno adelantar los rasgos más importantes del tipo delictivo en el segundo capítulo, junto con el resto de delitos estudiados. De esta manera podrá quedar configurado el marco jurídico relacionado con la violencia de género, y ello sin perjuicio de que el delito de *stalking* sea estudiado en profundidad en el capítulo siguiente.

El delito de acoso no es propio de violencia de género. Está configurado como un delito ordinario que prevé, como supuestos agravados, que el mismo se cometa contra

personas especialmente vulnerables o que se encuentren comprendidas en las relaciones de parentesco que menciona el artículo 173.2 del Código Penal.

Podríamos preguntarnos por qué hemos querido centrarnos en el estudio de esta figura, si inicialmente nada tiene que ver con el estudio de la violencia de género.

La respuesta es de variada índole.

En primer lugar, por la novedad legislativa del tipo delictivo. Los delitos que pueden considerarse como relacionados directamente con la violencia de género han sido ampliamente estudiados, y apenas han variado sus características en los últimos tiempos. Las nuevas disposiciones legales han contribuido a imponer para ellos penas más amplias, en cuanto a naturaleza y duración, o han venido a modificar las existentes para acercarlas a la realidad social. También han existido modificaciones en cuanto a la calificación de los delitos, habiendo pasado algunos de ellos a considerarse menos graves o leves (como el caso de las injurias y vejaciones). Sin embargo, el delito de *stalking* aparece en nuestro panorama jurídico a raíz de su incorporación en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, en el año 2012. Se trata, pues, de un delito de reciente configuración jurídica, y aunque el derecho europeo y el americano ya lo habían tratado desde la década de los 90, el derecho español no había sentido su influencia hasta entrado el segundo decenio del siglo XXI.

En segundo lugar, por el nexo de unión del tipo con la violencia de género. A pesar de la configuración del mismo como delito ordinario, es evidente su relación con las causas de violencia de género. Tras la descripción de la conducta típica y modalidades del tipo básico, se prevé dos subtipos agravados: los casos en que la persona sea especialmente vulnerable y los supuestos en que el delito se cometa contra alguna de las personas que enumera el artículo 173.2 del Código Penal. Pues bien, como es sabido, dentro de este segundo supuestos se encuentra la mujer que sufre el delito de su pareja o cónyuge actual o pasado.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, los comportamientos que ahora se tipifican con el delito de acoso se cometían igualmente, pero obviamente no podían ser calificados como acoso. Ante los perjuicios evidentes que ocasionaba a las víctimas las acciones de los sujetos activos, los Tribunales optaron por valorar individualmente cada uno de los supuestos, y, si tenía cabida, calificar los

comportamientos del sujeto como tipos delictivos de semejante naturaleza a lo que hoy conocemos como *stalking* (coacciones o amenazas, generalmente). Determinadas conductas del autor podían quedar incardinadas en estas figuras delictivas, aunque no siempre era posible. No obstante, no podemos negar que guardaban cierta analogía con la figura del hostigamiento, y por ello los Tribunales asociaban en algunas ocasiones lo que hoy se podría considerar *stalking* a un delito de otra naturaleza.

Elegimos el estudio del *stalking*, en tercer lugar, por la interesante heterogeneidad de las conductas delictivas que contempla. Junto a la descripción de la estructura típica, el artículo 172 ter recoge una serie de supuestos en los que puede materializarse el delito de *stalking*. Veremos la disparidad de conductas que contempla el delito, y tendremos la oportunidad de estudiar el sentido de la incorporación de las mismas y el papel que éstas desarrollan para la configuración del tipo delictivo.

Entendemos por lo anterior, justificado el estudio de esta figura delictiva, así como de la relación que guarda con sus compañeros de Título y de Capítulo en el Código penal.

3.- Objeto de estudio e hipótesis

Los objetivos a alcanzar con el presente trabajo son los siguientes:

- Definir la violencia de género como una realidad.
- Determinar el alcance del concepto de “violencia de género”, a través del análisis de su definición y la contraposición con figuras afines.
- Determinar la suficiencia de la acepción para la configuración de la violencia de género.
- Determinar si el término estudiado se constituye como una figura autónoma o admite la incursión de figuras afines a ésta.
- Definir los delitos pertenecientes a la violencia de género.
- Determinar la presencia de la violencia de género en el Código Penal.
- Establecer los tipos de violencia de género presentes en el Código Penal (propios, subtipos agravados, agravantes genéricas).
- Estudio y crítica sobre la estructura del delito de *stalking*.

- Determinar si la regulación del delito de *stalking* suple lagunas preexistentes en el ordenamiento jurídico penal.

- Contraponer la figura del *stalking* con otros tipos delictivos y analizar los problemas concursales existentes entre ellos.

- Determinar la relación entre el delito de *stalking* y la violencia de género.

Una vez alcanzados los objetivos antes descritos, estaremos en condición de pronunciarnos sobre las siguientes hipótesis:

- La violencia de género se define principalmente sobre la base del artículo 1.1 y 1.3 de la Ley 1/2004, si bien su significado viene completado por la contraposición con otras figuras semejantes que contribuyen a definir los límites de este tipo de violencia.

- El Código Penal no regula de una manera concreta los delitos de violencia de género, sino que la presencia de los mismos se percibe de tres formas: a) Por la remisión expresa contenida en el propio artículo; b) Como subtipos agravados de un tipo ordinario; c) Como agravante impuesta sobre el tipo ordinario.

- La regulación penal del delito de *stalking* viene a suplir lagunas del ordenamiento jurídico penal sobre esta materia, tratándose de comportamientos que hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, bien no eran constitutivos de delito, bien resultaban penados bajo el amparo de otros preceptos de naturaleza semejante al delito de *stalking*, si se daban los requisitos para ello. Las modalidades de conducta que prevé el tipo delictivo son de naturaleza heterogénea. Ello contribuye a ofrecer un margen amplio de cobertura penal que permite castigar comportamientos delictivos diversos que tienden a un fin común: alterar la seguridad de la víctima y hacerle modificar sustancialmente su vida ordinaria.

- La figura del *stalking* guarda relación con otras figuras semejantes a éste, presentándose problemas concursales con los mismos. La regla que prevé el apartado 3 del artículo 172 ter no es suficiente para solventar estos problemas, debiendo en ocasiones concurrir con las normas generales del concurso.

- El tipo de *stalking* guarda relación con la violencia de género, siendo común que el delito de acoso se desarrolle en un ámbito de violencia de esta naturaleza.

4.- Estructura

El presente trabajo, como indicábamos, se estructura en tres capítulos.

PRIMER CAPÍTULO.- Visualizaremos la violencia de género como una realidad. Para ello, analizaremos el concepto de este tipo de violencia. Tras ello, describiremos las figuras afines a este término y determinaremos la relación que guardan con el significado originario, describiendo la importancia de las mismas en el contexto en el que se desarrolla la violencia de género; violencia doméstica, violencia intragénero o violencia en relaciones paralelas son manifestaciones de supuestos que guardan semejanzas con aquella. Estudiaremos las características propias de cada figura para determinar la relación que guardan con la violencia de género. Tras ello, analizaremos si tales conductas pueden identificarse con ésta y en qué medida.

Mediante el análisis comparativo, podremos determinar si cabe la incursión de figuras análogas a la violencia de género como tal, o si la misma debe quedar configurada como un concepto propio y de interpretación restringida, separado de otros modelos, aunque pueda presentar semejanzas con aquéllos.

SEGUNDO CAPÍTULO.- Ya ubicado el término de violencia de género, realizaremos un estudio de las modalidades delictivas que guarden relación con este tipo de violencia.

Para ello, entraremos en el análisis de distintos tipos penales comprendidos en el Código Penal que puedan asociarse al concepto estudiado.

El análisis partirá de una distinción de artículos sobre la base del contenido de los mismos. En concreto, distinguiremos los delitos comunes de los propios de violencia de género.

Dentro del primer grupo, situaremos a aquellos tipos delictivos ordinarios que no prevén en su articulado de manera expresa los supuestos en que la conducta típica se cometa en el ámbito de violencia de género. Estudiaremos la relación que puede existir entre delitos de esta naturaleza y la violencia de género. Incidiremos en la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal y en la agravante por

razón de género prevista en el artículo 22.4 del mismo texto legal. El análisis de estas figuras permitirá valorar la relación entre los delitos ordinarios y el contexto de violencia de género en el que se desarrollan.

El segundo grupo a examinar vendrá referido a los tipos delictivos que se configuran como delitos propios de violencia de género, bien por regulación expresa en su articulado, bien por contemplar los supuestos de violencia de género como un subtipo agravando dentro de la descripción de la conducta delictiva en cuestión.

Si acudimos al Libro II del Código Penal vigente, podemos comprobar que la descripción de los distintos delitos quedan organizados en Títulos y Capítulos, atendiendo al bien jurídico afectado por la comisión de tales hechos.

Sin embargo, a la hora de estudiar los delitos propios de violencia de género, no encontramos una organización sistemática de tales delitos: no existe un Título en el Libro II que describa los hechos que conllevan un detrimento para la integridad y seguridad de la mujer víctima de violencia de género.

Los delitos que afectan a la mujer como víctima de violencia de género quedan descritos a lo largo del articulado del Código Penal. En algunas ocasiones, la referencia es clara y directa, y los artículos expresan concretamente la relación entre el sujeto activo y pasivo, de tal manera que los tipos delictivos así descritos se erigen como una suerte de delito *propio* de violencia de género. En otros supuestos, la referencia a la violencia de género no es expresa, si no que se incorpora como una forma de subtipo agravado respecto del tipo ordinario, bien de manera independiente a otros subtipos, bien nombrado junto a otros casos, como familiares o menores.

Por último, centraremos el foco de atención en las situaciones en que la remisión a la violencia de género es inexistente en el tipo penal a imponer, por lo que deberemos atender a las normas sobre agravaciones ordinarias, fijadas en el primer Libro del Código Penal. Analizaremos la aplicación de las agravantes en estos casos.

En cualquier caso, no podremos perder de vista que nos movemos en los parámetros fijados por la Ley 1/2004 sobre el término de “violencia de género”, así como por los complementos significativos que contribuyen a esclarecer los límites del concepto

estudiado.

El examen de la distinción de los tipos delictivos comunes y propios de violencia de género nos permitirá dilucidar las consecuencias penales en cada uno de los supuestos.

Tras ello, tendremos la oportunidad de relacionar ambas modalidades y de examinar los distintos resultados existentes en función de aplicar un tipo penal propio o uno común con remisión a violencia de género.

TERCER CAPÍTULO.- Está dedicado al análisis de la figura delictiva del acoso o *stalking*, previsto y penado en el artículo 172 ter del Código Penal. Dicho artículo pertenece a los delitos que no son propios de violencia de género pero que, siendo de naturaleza común, prevén en su articulado la posibilidad de que la conducta delictiva se haya realizado en el ámbito de violencia de la modalidad objeto de estudio.

El tipo delictivo del *stalking* se regula en el ordenamiento jurídico español por primera vez en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, siendo desconocido hasta entonces por el derecho español.

Dicha figura, en cambio, sí era reconocida por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, así como por legislaciones de tradición anglosajona, las cuales completaban la figura del *stalking* en el derecho penal desde la segunda mitad del siglo XX.

Con la introducción en la legislación española del delito de *stalking*, inicialmente a través del Anteproyecto y posteriormente de forma efectiva a través de la Reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el legislador pretende dar respuesta a una demanda internacional que preconizaba la incorporación de tal concepto en nuestro ordenamiento jurídico.

Así pues, en este tercer capítulo, tendremos la oportunidad de analizar el contenido del nuevo artículo 172 ter del Código Penal, comparando la figura española con sus análogas en los ordenamientos jurídicos comparados. Determinaremos la influencia que estos mismos ordenamientos han podido ejercer sobre la creación del tipo patrio.

Partiremos del estudio de los antecedentes doctrinales y legislativos sobre este

tipo, logrando una aproximación a su significado.

Posteriormente analizaremos el bien jurídico protegido de este tipo delictivo, contraponiendo las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre este punto.

Estudiaremos los sujetos intervinientes, así como las particularidades en la formación del tipo delictivo.

A continuación describiremos la conducta típica del artículo, diferenciando la estructura propiamente dicha, recogida en el primer párrafo del artículo, y las distintas modalidades delictivas, que vienen enumeradas en los números 1 a 4 del primer apartado del artículo 172 ter. Examinaremos la heterogeneidad en las conductas que describe el artículo, pudiendo valorarlas y estudiarlas oportunamente.

Una parte importante del trabajo viene dedicada al estudio de los subtipos agravados del tipo, a saber: los casos en que se comete el delito contra persona especialmente vulnerable, o contra alguna de las personas que describe el artículo 173.2 del Código penal. Entre estas últimas se encuentran las mujeres que sean o hayan sido pareja o cónyuge del agresor, por lo que entraremos en el estudio de los supuestos de violencia de género.

Examinaremos la incidencia de la violencia de género en la comisión del tipo delictivo de acoso. Tras el análisis de esta figura, podremos compararlas con el resto de subtipos agravados que recoge el tipo, y que hemos mencionado ya, para determinar la relación entre los mismos y las particularidades de cada uno.

Comprobaremos, asimismo, si esta figura guarda una relación directa con la violencia contra la mujer por razón de género o si, por el contrario, se perfila como un tipo común, al que se le asocian consecuencias penales concretas si el delito se comete en las condiciones que fija la Ley 1/2004.

Igualmente demostraremos la pertinencia de la incriminación de este delito en la cobertura de las necesidades para la lucha contra la violencia de género, comprobando si la incriminación de esta figura delictiva ha dado respuesta a necesidades legislativas existentes en materia de violencia de género y, en caso de que no fuera así, la propuesta de reformas a realizar en esta materia.

Otra faceta importante de este estudio es la contraposición entre el delito de

stalking y delitos de otra naturaleza. Examinaremos el apartado tercero del artículo 172 ter, que prevé una regla concursal, y la confrontaremos con figuras delictivas con las que puede entrar en conflicto. Analizaremos así la relación entre el delito de acoso y figuras delictivas afines que guardan con este tipo similitudes relevantes, tales como las coacciones o amenazas. Asimismo determinaremos los problemas concursales que pueden surgir entre la figura jurídica a estudiar y delitos de naturaleza análoga, como los ya mencionados u otros que presentan semejanzas con alguna o algunas de las modalidades típicas que recoge el artículo 172 ter del Código Penal en su primer apartado, delimitando las normas concursales que regirán entre ellos, y la relación entre la norma concursal propia que recoge el artículo citado y las normas generales del concurso previstas en el Libro I del texto legal.

Terminaremos con el estudio del último apartado del artículo, referido a los requisitos de perseguibilidad, analizando la naturaleza y el ámbito de aplicación.

Tras el análisis minucioso del delito de *stalking*, valoraremos la pertinencia de la inclusión de esta nueva figura delictiva en el derecho penal español, qué lagunas pretende cubrir y si las mismas han sido cubiertas, total o parcialmente, con la incriminación de la conducta descrita en el artículo 172 ter, en especial en el ámbito de la violencia de género, como hemos mencionado.

5.- Fuentes consultadas

El tratamiento de la violencia de género se encuentra patente a lo largo de los tres capítulos del trabajo, actuando como hilo conductor entre sus distintos apartados. Por ello, examinaremos obras especializadas en la materia que afectarán de manera transversal a los tres capítulos.

Ello no obstante, no podemos menos que exponer que cada capítulo cuenta con un contenido propio y diferenciado del resto, por lo que además de las obras comunes, contaremos con las especializadas del capítulo en cuestión.

El estudio de los diferentes manuales de Derecho Penal han sido fundamentales

para profundizar en los distintos apartados que hemos ido desglosando.

Así, en derecho Parte General podemos destacar el manual de José María Luzón Cuesta²; José Maldonado Ramos y Luis Rodríguez Ramos, cuyas obras analizan la jurisprudencia de manera sistematizada³; Carlos Pérez del Valle⁴, Antonio Quintano Ripollés⁵ y Gonzalo Quintero Olivares⁶; las obras de todos ellos han constituido un pilar esencial, sin el cual el presente trabajo no hubiera sido posible.

Por lo que respecta al derecho Parte Especial, ha sido primordial contar con obras de José María Luzón Cuesta⁷, Joan Queralt Jiménez⁸, Francisco Muñoz Conde⁹, Gonzalo Quintero Olivares¹⁰ o Rafael Alcalá Pérez-Flores¹¹.

Hemos de puntualizar que algunas de las obras consultadas disponen de varias actualizaciones. En algunos casos hemos considerado apropiado estudiar versiones más antiguas, en virtud de la calidad del trabajo de los autores que intervenían en éstas, enlazando sus posiciones con el objeto de nuestro estudio y con la realidad penal en la que nos encontramos.

Centrándonos en los distintos capítulo, el primero de ellos tiene por objeto determinar el concepto de “violencia de género”, considerando esta forma de violencia como una realidad. Y para ello hemos acudido tanto a la normativa internacional como a la propia.

En cuanto a la primera, ha resultado fundamental estudiar la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing entre

² LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015.

³ MALDONADO RAMOS, J. y JUANES PECES, Á.I., *Código Penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancia*, 2.a ed., El Derecho, octubre 2010, actualización de 2 de abril de 2014

⁴ PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016

⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal(2ª ed.)*, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1996.

⁶ QUINTERO OLIVARES, G (Director) y MORALES PRATS, F. (Coordinador), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª)*, Ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2011.

⁷ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015.

⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch 20ª edición, Valencia 2015.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

¹¹ ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R. (Director), “La reforma del Código Penal. Parte especial I”, Elderecho.com, Lefebvre El Derecho, julio 2015.

el 4 y 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1, y el Convenio de Estambul¹² de 2011. En la Conferencia de Beijing se definió expresamente el concepto de mujer maltratada, exponiendo elementos de vital importancia en los avances en los derechos de la mujer en la lucha contra la violencia de género.

Significativo será también el estudio de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, la Directiva 2006/54/CE *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación* y la Directiva 2011/36/UE *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*¹³. Ha sido importante la obra de De Porres Ortiz Urbina, sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul¹⁴.

Si atendemos a la legislación española, lo primero que debemos estudiar para lograr nuestro objetivo es la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁵, siendo fundamental analizar tanto su articulado como la Exposición de Motivos de dicha ley, a fin de comprender el sentido y alcance de las medidas que se contemplan en ella.

Importante igualmente ha sido el análisis de las numerosas obras que tratan el tema de la violencia de género.

¹² *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 27 de mayo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹³ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, p. 7.715 a 7.720; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*; Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de 5 abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DOUE L, 101/1 a 101/11.

¹⁴ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul*, Curso El Convenio de Estambul, hecho en Madrid en marzo de 2016, Formación continua del CGPJ.

¹⁵ Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *op. cit.* en nota 1.

Ruth Abril Stoffels¹⁶, Carmen Delgado Álvarez¹⁷, Nicolás Marchal Escalona¹⁸ o Elena Núñez Cataño¹⁹ son algunas de las personas cuyas obras han servido para profundizar en el concepto de violencia de género y en la problemática que conlleva la evolución en su definición.

Junto a ellas, cabe destacar las aportaciones de José de Vega Ruiz, sobre *Las agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*²⁰, y las numerosas obras de obras de Carolina Villacampa Estriarte, María José Benítez Jiménez²¹ o Luz María Puente Aba²², también en relación con la violencia doméstica; y De la Cuesta Aguada y Gumersindo Guinarte Cabada, para el estudio de los matrimonios forzados.

Las leyes en las que nos hemos basado principalmente para el estudio del primer capítulo han sido la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de *modificación del Código Penal de 1995 en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de *modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*²³.

¹⁶ ABRIL STOFFELS, R. M., *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015.

¹⁷ DELGADO ÁLVAREZ, C., "Raíces de la violencia de Género", en en MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

¹⁸ MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

¹⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Coordinadora), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch 2009.

²⁰ DE VEGA RUIZ, J. A., *Las Agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

²¹ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., "Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal", en VILLACAMPA ESTRIARTE, C. (Coordinadora), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

²² PUENTE ABA, L. M. *La respuesta penal a la violencia de género*, Ed. Comares, Granada, 2010.

²³ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de *modificación del Código Penal de 1995 en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999, p. 16.099 a 16.101; Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de *modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999;; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

También han resultado relevantes para nuestro estudio las resoluciones judiciales, tales **como** las sentencias 12/2012 y 18/2015 del Tribunal Constitucional y las sentencias 3450/2002, 1156/2005, 510/2009, y 14/2010 del Tribunal Supremo²⁴.

En el Capítulo II ha sido primordial la búsqueda de las primeras normas penales existentes en nuestro ordenamiento. Por ello, hemos estudiado el Código Penal de 1822, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, el Código Penal de 1932, el de 1850, el Texto Revisado del Código Penal de 1963, el Código de 1973 y el Código Penal de 1995, además de otras normas adicionales²⁵.

Los Códigos Penales consultados lo han sido a través de portales de internet especializados, que han contribuido a digitalizar los Códigos del siglo XIX. Los Códigos del siglo XX los hemos localizado en el Boletín Oficial del Estado.

Para el estudio de legislaciones europeas, extranjeras e internacionales que han influido en la normativa penal española en el sentido que interesa a la investigación, hemos acudido a páginas especializadas. En concreto, la página www.tirantloblanch.es, que ofrece un elenco de normativa internacional, incluyendo las normas penales de los distintos ordenamientos jurídicos mundiales. Hemos **descrito**, de esta manera las características de los supuestos examinados.

²⁴ Sentencia nº 12/2012 de TC, Sala 1ª, de 30 de enero de 2012, Sentencia nº 18/2015 del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 16 de febrero de 2015, publicada en BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015; sentencia núm. 3450/2002 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de mayo, siendo Ponente D. RAMOS CANCEDO, D. A.; sentencia núm. 1156/2005 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de septiembre, siendo Ponente GIMÉNEZ GARCÍA, J.; sentencia nº 510/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 12 de Mayo de 2009, siendo ponente MARCHENA GÓMEZ, M.; sentencia núm. 14/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de enero, siendo Ponente BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. M.

²⁵ *Código Penal*, de 8 de junio de 1822, Imprenta Nacional de Madrid, publicado el 9 de julio de 1822, extraído de <http://www.cienciaspenales.net>; Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, publicada en BOE números 260 a 282, de 17 de septiembre a 10 de octubre de 1882; *Ley autorizando al Ministro de este Departamento para publicar como Ley el Código Penal reformado*, con arreglo a las Bases establecidas en la Ley de 8 de Septiembre del corriente año, BOE núm. 310, de 5 de noviembre de 1932; Real Decreto *por el que se refunde el código penal*, Imprenta nacional de Madrid, publicado el 30 de junio de 1850, extraído de <https://books.google.es/books>; Decreto 691/1963, de 28 de marzo, *por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal*, BOE núm. 84, de 8 de abril de 1963; Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, *por el que se publica el Código Penal*, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, BOE núm. 281. de 24 de noviembre de 1995.

Igualmente, ha sido importante el estudio de resoluciones judiciales referentes a los distintos tipos delictivos que hemos ido estudiando a lo largo del capítulo, tales como las sentencias 860/1993 y 214/2011 del Tribunal Supremo, y la sentencia núm. 115/2015 de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de febrero²⁶.

En el Capítulo III, referente al estudio del delito de acoso o *stalking*, hemos estudiado obras de distintos autores que comenzaron con el examen de esta figura aún antes de que la misma se configurara como un delito propio en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012.

De todos ellos, una autora se erige como pilar estructural de nuestro trabajo en determinadas partes del análisis del artículo 172 ter, tanto por el número de libros y artículos que tiene sobre la materia, como por la calidad de los mismos. Es Carolina Villacampa EstiarTE. Su obra será citada en numerosas ocasiones, por ser esta autora un referente en la materia.²⁷.

Otro tanto puede decirse de autores como Ángela Matallín Evangelio, Silvia Menzona Calderón, Sergio Cámara Arroyo y Anna Maria Maugeri.

Obviamente, ha sido el estudio de la Ley Orgánica 1/2015, por cuanto su publicación conlleva la introducción del *stalking* como figura delictiva en nuestro ordenamiento jurídico²⁸.

²⁶ Igualmente, ha sido importante el estudio de resoluciones judiciales referentes a los distintos tipos delictivos que hemos ido estudiando a lo largo del capítulo: Sentencia núm. 860/1993 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 15 de abril, siendo Ponente D. MARTÍN PALLÍN, J. A.; sentencia n.º 214/2011 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 3 de marzo de 2011, siendo Ponente D. PREGO DE OLIVER TOLIVAR, A; sentencia núm. 115/2015 de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de febrero.

²⁷ Algunas de las obras de esta autora: VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009; VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código Penal italiano. La tipificación del stalking en Italia" en Indret, 2009; VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La respuesta jurídico penal frente al stalking en España: presente y futuro", *ReCrim* 2010. Recuperado de <http://www.uv.es/recrim> en recrim Valencia; 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, p. 5-44.

²⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Dado que el delito de *stalking* es una figura de inspiración claramente anglosajona, hemos precisado consultar los ordenamientos jurídico penales americanos. Además de ello, el estudio de los Códigos Penal europeos nos ha resultado útil para configurar el marco legal en el que se gestó el delito de acoso español²⁹.

Principalmente hemos empleado la página tirantloblanch.es para acceder a las legislaciones del derecho comparado, utilizando también páginas como aranzadi.es y la dirección del Consejo General del Poder Judicial.

Las obras consultadas lo han sido a través del acceso a bibliotecas, por adquisición de obras y por consultas en bases de datos especializadas, tales como Tirantonline (Tirant lo Blanch SL), La Ley Digital, El Derecho o Westlaw Premium (Aranzadi SA).

También ha sido preciso atender a las resoluciones judiciales dictadas sobre la materia, tanto en el delito de *stalking* como en referencia a delitos de otra naturaleza que sin embargo guardan relación con el tipo delictivo estudiado, entre las que podemos nombrar las siguientes: sentencias 571/2008 y núm. 445/2016, ambas del Tribunal Supremo; sentencias 815/2014 y 110/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, y auto 81/14 de la Audiencia Provincial de Madrid³⁰.

²⁹ - Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998; Código Penal Belga, Code pénal - 8 Juin 1867 (mise à jour le 21 janvier 2010); Codice Penale (approvato con Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398); Código Austriaco.- Jahrgang 1975 Ausgegeben am 30. Dezember 1975 211. Stück (Tirant); Code pénal, au 15 septembre 2003. Dernier texte modificateur : Loi 2003-495 du 12/06/03 (JO 13/06/03) (Tirant); Criminal Code of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46; Non-fatal offences against the person act, 1997, n.º 26 (Irlanda); Criminal Code Act 1995, Act No. 12 of 1995 (Australia); Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador, aprobado por la Asamblea Nacional el 28 de enero de 2014, Oficio No. SAN-2014-0138 en Quito, 03 de febrero de 2014 (En Tirant); Código Penal de Perú, aprobado por Decreto Legislativo n.º 635, el 3 de abril de 1991, publicado el 8 de abril de 1991.; THE PENAL CODE OF CALIFORNIA, con entrada en vigor el 1 de enero de 1873.

³⁰ Sentencia núm. 571/2008 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 de septiembre, siendo Ponente GIMÉNEZ GARCÍA, J; sentencia n.º 445/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de mayo de 2016, siendo Ponente Dª. SORIANO SORIANO, J. R; sentencia n.º 815/2014 de Audiencia Provincial de Madrid (rec. 1521/14), de 4 de diciembre de 2014, ponente Dª ARCONADA VIGUERA, M.T.; sentencia n.º 110/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de marzo de 2016, siendo Ponente Dª. CHACON ALONSO, M. T.; auto n.º 81/14 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, de 29 de enero de 2014, Ponente Dª. VALLDECABRES ORTIZ, I.

6.- Metodología

El método empleado en la presente tesis doctoral será principalmente el deductivo. Sobre la base de unas premisas generales, avanzaremos en el trabajo hacia la concreción, llegando a inferir enunciados particulares.

Como hemos adelantado, el trabajo aquí presentado se compone de tres capítulos diferenciados, y el método para realizar la investigación ha variado, en función de la naturaleza de cada uno de ellos, por los motivos que vamos a estudiar a continuación.

En el primer capítulo hemos examinado la conceptualización de violencia de género, así como la relación de este término con figuras cercanas al mismo, a fin de proceder a depurar el significado de dicha expresión, y presentar la violencia de esta naturaleza como una realidad.

A tal fin, hemos considerado necesario acudir a los manuales de Derecho Penal actualizados, a fin de averiguar los elementos configuradores de la violencia de género. Esto ha sido completado con el estudio de obras sobre la materia, que permiten valorar la evolución del concepto de *violencia de género* a lo largo de más de diez años de evolución.

Ha sido fundamental el estudio de artículos y jurisprudencia a fin de analizar las figuras que guardan relación con la violencia de género, ya que la mayoría de los términos a estudiar no ostentan definición legal. Por ello, el análisis que de ellos hacen autores relevantes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales es sumamente relevante a la hora de completar el contexto en el que se desarrollan. De esta manera podremos determinar la relación que los términos guardan con la violencia de género, y la forma en la que contribuyen a delimitar sus márgenes y límites.

Todo ello se ha realizado mediante una investigación **exploratoria**; de esta manera podremos conocer las condiciones del término objeto de estudio.

A fin de lograr nuestro objetivo, hemos acudido a centros especializados donde se encuentran las obras a consultar, y también las hemos localizado a través de los portales de internet especializados en la materia.

Contextualizado el término *violencia de género*, hemos centrado nuestra atención en el segundo capítulo, con el estudio de la incursión de esta expresión en los distintos tipos delictivos que recoge el Código Penal español.

En esta ocasión, hemos partido del estudio de las fuentes legislativas existentes en nuestro derecho penal, desde la época de la Codificación hasta las recientes modificaciones legislativas, así como la referencia a determinados ordenamientos jurídicos en el derecho comparado. Así, hemos podido tener la oportunidad de conocer la evolución de los distintos tipos delictivos que guardan relación directa o indirecta con el término *violencia de género*, realizando una actividad **descriptiva** sobre los tipos penales analizados. El método para conseguir el acceso a estos Códigos ha sido tanto por ediciones impresas como por ediciones digitalizadas, especialmente los Códigos del siglo XIX y principios del XX.

Posteriormente, hemos pretendido completar el estudio de los tipos delictivos con jurisprudencia dictada al efecto, en relación con cada uno de los mismos, así como con el examen de obras especializadas sobre los delitos que hemos ido analizando y puesto en relación con la violencia de género.

El tercer capítulo viene referido al estudio de la figura del delito de acoso. Para la configuración de dicho capítulo, hemos partido del análisis del concepto penal, y lo hemos hecho teniendo en cuenta la configuración inicial otorgada a consecuencia del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, así como la redacción legal actual que le otorga la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

Acudimos al estudio de obras especializadas sobre el Anteproyecto, así como los informes que realizaron sobre el delito los organismos especializados, tales como el Consejo general del poder Judicial, la Fiscalía General del Estado o el Consejo de Estado.

Una vez situado el término de acoso, hemos pretendido relacionar tal concepto con el derecho comparado, lo cual ha sido posible a través del estudio de legislación internacional, a través de las bases de datos especializadas, y del análisis de las obras que investigan sobre esta cuestión.

A continuación, nos hemos centrado en analizar las particularidades del *stalking*. Estudiamos las obras más relevantes sobre la materia. Debemos señalar que el tipo

delictivo objeto de análisis es de reciente incorporación nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una figura legalmente desconocida en nuestro derecho hasta la publicación de la Ley Orgánica 1/2015 el 31 de marzo de 2015, que entró en vigor en julio de ese mismo año; con anterioridad a dicha ley, las referencias que encontramos de este delito se encuentran en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Por ello, el número de autores que estudian la materia no es elevado. Ello no obstante, debemos señalar que, al estudiar el concepto de *stalking* en el ordenamiento jurídico español, hemos advertido que existen autores destacados que escriben sobre esta materia, y que muchas obras remiten a ellos directamente a la hora de realizar sus exposiciones.

Ello ha ocasionado que el elenco de citas bibliográficas no sea todo lo enriquecedor que hubiera sido deseable para la realización de la presente tesis. Entendemos que, al tratarse de una figura novedosa, será el transcurso del tiempo el que nos proporcione el afloramiento de obras que analicen esta figura, contribuyendo a esclarecer los términos que componen el tipo delictivo.

En el ámbito de la jurisprudencia, tampoco hemos tenido oportunidad de analizar resoluciones del Tribunal Constitucional ni del Supremo sobre la materia, toda vez que no existen pronunciamientos sobre el tipo delictivo en cuestión. Tampoco en las Audiencias Provinciales existe una jurisprudencia abundante, como hemos pretendido reflejar a lo largo del trabajo.

Esto ha ocasionado que para el análisis del concepto de la figura del *stalking* nos hayamos centrado en la propia redacción del artículo y en los comentarios realizados por los autores que a día de hoy han examinado la cuestión.

En el tercer capítulo hemos analizado la incidencia de la violencia de género en la comisión del delito de *stalking*, combinando el examen de fuentes legislativas del derecho comparado con el estudio de las principales obras de autores españoles que han tratado en profundidad esta materia, así como en el estudio de la jurisprudencia que, a día de hoy, existe sobre el tipo delictivo del *stalking*.

Hemos empleado una técnica **cualitativa**, analizando los pronósticos y valoraciones de grupos de expertos en la materia, completando dichos análisis con el desarrollo de una investigación **cuantitativa**, referida a las resoluciones judiciales más

relevantes dictadas en esta materia.

**CAPÍTULO I. VIOLENCIA DE GÉNERO
COMO UNA REALIDAD. DISTINCIÓN CON
FIGURAS AFINES**

1.- Violencia de Género como una realidad social y penal

En el último cuarto del siglo XX se aprecia una creciente preocupación por la protección y la salvaguarda de los derechos y bienestar de los grupos humanos que tradicionalmente sufrían una desigualdad de derechos y condiciones en la sociedad. Se trataba de grupos que, a pesar de ser numerosos en cuanto a la cantidad de sujetos que los integraban, eran considerados como minoritarios, encontrándose en una situación ciertamente desprotegida. Los estados americanos y europeos muestran una conciencia social y política sobre esta materia, que canalizan a través de la firma, a finales del siglo XX y principios del XXI, de diversos tratados que tienden a proteger a estos colectivos³¹.

España presta atención a la progresión social y legislativa que se produce a nivel europeo e internacional, y toma buena nota de ello. Consciente de la situación, ratifica y hace suyas muchas de las propuestas europeas y universales que en esta materia existen, y a partir de los años ochenta introduce en su ámbito político la organización de encuentros y congresos que tienen como objetivo la definición y protección de violencia en el ámbito familiar³².

Y es que una de las características principales de la violencia de género es el ámbito

³¹ Algunas de estas normas son: Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal; Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, sobre inmigración ilegal y delito de trata de seres humanos

³² Prueba de ello son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), ambos ratificados por España por BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977; la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer («CEDCM», 1979), ratificado por España por BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, y su Protocolo facultativo (1999); Recomendación general n.º 19 del Comité de la CEDCM sobre la violencia contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (1989), ratificado por España por BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, y sus Protocolos facultativos (2000); y más recientemente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas (2006), ratificado por España por BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002), ratificado por España por BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

en el que se suele dar; un ambiente reducido y familiar, que propicia en numerosas ocasiones la falta de pruebas que puedan acreditar la situación de violencia dada.

La violencia de género tiene un claro antecedente en materia de naturaleza penal, y es la violencia doméstica. Ambos tipos de violencia comparten en cierta medida unas raíces semejante (que no idénticas, como vamos a poder estudiar); se enmarcan en climas íntimos y de difícil acceso, donde el límite entre la convivencia y los hechos delictivos es en ocasiones confuso.

La regulación jurídica de la violencia de género no se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico de manera espontánea, sino que es fruto de una larga evolución legislativa, en la que España se ha visto inmersa a partir de la segunda mitad del siglo XX

A partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2004, la violencia de género cobra identidad jurídica propia. Dicha Ley le confiere un marco de seguridad jurídica, social, económica y laboral. La norma tiende a establecer un sistema integral, como indica el propio nombre de la ley, que permite detectar los actos de violencia, atajar los mismos y salvaguardar los derechos de las mujeres y menores que se ven afectados por estos delitos, procurando la reintegración de los mismos en el sistema así como el castigo al agresor³³.

Ciertamente, el legislador de 2004 es consciente de que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, en su exposición de Motivos, la Ley 1/2004 reconoce que esta violencia se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Y en este punto radica la particularidad de la violencia contra la mujer respecto de violencia de otra naturaleza. Lo que caracteriza a la

³³ Sobre este tema, consultar, entre otras, MARCHAL ESCALONA, A. N. (Director), *Manual de lucha contra la Violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010; PUENTE ABA, L. M. *La respuesta penal a la violencia de género*, Ed. Comares, Granada, 2010; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M / PRÉREZ RUIZ, M., “La Ley Integral de medidas contra la violencia de género”, en MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p.267-296.

violencia de género es precisamente que la misma se ejecuta contra las mujeres su propia condición, aprovechando una relación de superioridad o poder del hombre frente a ésta.

Y así se contempla en la definición que da la propia Ley en su artículo 1.1, que de manera muy descriptiva define el objeto de la Ley 1/2004: "*1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*". El apartado tercero de este mismo artículo viene a completar la definición, apuntando el ámbito de "violencia" al que se refiere el primer apartado, indicando que se refiere a "*toda clase de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*"

La violencia a la que se refiere la Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Además, la Ley 1/2004 establece medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta forma de violencia, así como prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

El legislador de dicha norma es consciente de que la sociedad española había avanzado mucho en el reconocimiento de derechos sociales durante la última década. Las agresiones sobre las mujeres tenían una especial incidencia en la sociedad, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta. La violencia de género dejó de ser un «delito invisible», produciendo un rechazo colectivo y una evidente alarma social.

Los poderes públicos tomaron nota de esta tesitura, y el legislador entendió que la violencia de género constituía uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tenían, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos

que impiden o dificultan su plenitud. Comprendieron que la conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tenían que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización³⁴.

* * *

Tras examinar lo expuesto hasta ahora, ¿debemos entender que los derechos de las mujeres víctimas de violencia no se encontraban reconocidos antes de la promulgación de la ley 1/2004? La respuesta ha de ser que no necesariamente.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2004, no podemos afirmar que existiera un marco jurídico expreso de protección a la mujer víctima de violencia de género. Al menos en nuestro país.

Sin embargo, lo cierto es que el término “violencia de género” era conocido por los operadores jurídicos españoles tiempo antes de promulgarse la Ley. Y la condición de la mujer como víctima de violencia de esta naturaleza se encontraba reconocida en nuestro entorno a través de la ratificación de convenios internacionales por parte de España, vigentes y aplicables en nuestro país³⁵.

FUENTES SORIANO recuerda que *“cuando en 1989 se regula por primera vez el delito de malos tratos se entendió que éste concurría igualmente y bajo las mismas condiciones y características en relación con todos los miembros de la familia, ya fueran los cónyuges (cualquiera de los dos) o los hijos o menores que con ellos convivieran. Esto era, pues, la violencia doméstica legalmente concebida”*³⁶.

³⁴ Sobre la evolución de la violencia de género escribe DELGADO ÁLVAREZ, C., “Raíces de la violencia de Género”, en MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p.43-64; DÍAZ-AGUADO JALÓN, M. J., *Igualdad y prevención de la violencia de género en la adolescencia*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2011.

³⁵ Sobre los convenios internacionales, ver punto 1 de este capítulo. Recordar igualmente la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing entre el 4 y 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1.

³⁶ FUENTES SORIANO, O., “Violencia de género, la respuesta de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 5, octubre, 2004.

Por su parte, la Organización de Naciones Unidas, en la IV Conferencia Mundial de 1995, ya reconoció que la violencia contra las mujeres supone un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz; y que viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además la definió ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Dicha conferencia confirmó que la situación de la mujer había avanzado en algunos aspectos importantes en el decenio anterior, aunque los progresos no habían sido homogéneos. Persistían las diferencias sociales entre mujeres y hombres y seguía habiendo obstáculos importantes, que entrañaban graves consecuencias para el bienestar de todos los pueblos³⁷. Y estas diferencias se agravaban por factores diversos, tales como la pobreza, el desequilibrio salarial, social o por los conflictos armados, donde las mujeres y los menores sufrían (sufren también hoy día) una doble victimización: padecen la guerra pero también los abusos sobre sus personas.

Ya en el año 2004, resulta clarificadora la Recomendación General N°25, del Comité de la CEDAW, de 2004, sobre el párrafo 1. Artículo 4, de la Convención, donde se expone el siguiente significado del concepto de género: *“El género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos”*³⁸.

³⁷ IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing entre el 4 y 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1, Anexo I, punto 5.

³⁸ RUBIO CASTRO, A., *“Haciendo real el principio de igualdad. Interpretación con perspectiva de género”* en

Entiende RUBIO CASTRO que la categoría género ayuda a explicar y comprender las relaciones de opresión y dominio, construidas en torno al sexo y la sexualidad, que experimentan las personas a nivel social, jurídico y político³⁹.

A la luz de esta definición, cabe sostener que no es posible interpretar el derecho y aplicarlo con justicia, ignorando la realidad social e individual que la categoría género y el enfoque de género nos hace visibles.

La propia Ley 1/2004, en la exposición de Motivos, hace especial referencia a esta Conferencia, indicando que la misma ya incidió en la existencia de una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

No obstante, es a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004 cuando la condición de la mujer como sujeto pasivo de violencia de género adquiere sustantividad en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndole el *status* de víctima. Ya hemos señalado en párrafos anteriores la importancia de la Ley 1/2004 para la calificación de la violencia de género como entidad jurídica propia. Se configura el concepto jurídico de “violencia de género”⁴⁰, y se constituye una red de especialidades propias de violencia de esta naturaleza que afectan al ámbito social, económico, procesal y judicial, las cuales tienen por objeto la protección de la mujer víctima de violencia de género, así como la protección de los menores que de manera directa o indirecta puedan verse afectados por una situación de esta naturaleza, pasando, en la actualidad, a ser considerados también como víctimas de violencia de género.

“Curso sobre impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órdenes jurisdiccionales”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 19 a 21 de octubre de 2016, p. 12-13, citando a las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, 1999: Mundialización, género y trabajo. Nueva York, 1999, pág. 8.

³⁹ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁰ Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *op. cit.*, artículo 1, antes citado.

2.- Comportamientos afines a la Violencia de Género

La evolución legislativa en el ámbito de protección de la mujer víctima de violencia de género, particularmente desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, ha logrado acercarse a la demanda social de defensa frente a los delitos cometidos en esta materia, logrando mostrar la violencia de género como una realidad, no sólo social, si no también penal.

Paralelamente a la evolución del término de violencia de género, surgen o perduran (según los casos) comportamientos que, si bien se asemejan a la violencia de género, no pueden ser considerados como tal⁴¹.

El estudio de los comportamientos que vamos a describir a continuación es relevante por la siguiente razón: las conductas a describir son relacionadas, con frecuencia, con la propia violencia de género, concurriendo en paralela significación, e incluso confundiéndola con ella. A través de la descripción de estas conductas lograremos distinguir lo que es violencia de género de otros supuestos que, siendo análogos a ésta, se refieren a situaciones distintas. Podremos descartar la inclusión como violencia de género de supuestos que, si bien *a priori* pudieran considerarse como tal, no quedan incardinados en el concepto del artículo 1.1 de la Ley 1/2004.

Por otro lado, el análisis de los supuestos que vamos a tener la oportunidad de examinar permitirá determinar, también, cuáles de estos quedan integrados en el concepto de violencia de género, logrando así perfeccionar y delimitar la amplitud de este término.

A pesar de la promulgación de la Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004, la práctica jurídica y procesal se enfrenta a la existencia de modalidades de comportamiento de naturaleza semejante al término de violencia de género, teniendo en común con ésta un clima de intimidad y difícil acceso en el que las conductas delictivas tienden a desarrollarse.

⁴¹ Sobre este tema, consultar, entre otros, NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Director), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Estas conductas comparten igualmente con la violencia de género una peculiaridad: la dificultad, en ocasiones, de probar la diferencia entre los que pueden ser actos constitutivos de delito, de lo que son actos propios de la convivencia, quizá moralmente reprochables, pero de difícil ubicación en la escala legal.

Cuando mencionamos los comportamientos afines nos referimos a violencia doméstica, violencia ejercida por uno de los integrantes de una pareja homosexual hacia el otro y a la violencia ejercida en las relaciones sentimentales *paralelas*.

2.1.- Violencia de género y Violencia Doméstica

2.1.1.- Análisis conceptual de la Violencia Doméstica

Como poníamos de manifiesto al comienzo de este apartado, la regulación de la violencia doméstica en nuestro ordenamiento jurídico es el antecedente inmediato de la violencia de género. La violencia de género supone un avance o especialización de la violencia doméstica, como vamos a ver a continuación.

Antes de 1999 la persecución de los delitos ocasionados en el ámbito familiar, conocidos comúnmente como “violencia doméstica”, se realizaba a través de las disposiciones generales del Código Penal, si bien los actos violencia en ámbito familiar del hombre hacia la mujer no suponían una especialidad de penas respecto del resto de los delitos de otra naturaleza.

Esta situación jurídica se dio de bruces contra la realidad social, demostrándose la insuficiencia legal en esta materia, pues quedó comprobado que las principales víctimas de la violencia familiar eran las mujeres, y que gran parte de las agresiones se producían una vez que se rompía el vínculo familiar.

Otro punto a tener en cuenta, y que iba quedando plasmado conforme se acercaba el final del siglo XX, era que la violencia que padecían las mujeres no era sólo física, sino también psicológica; y que, dado que para condenar por maltrato se requería que la violencia fuera «habitual», había que definir legalmente el concepto de «habitualidad».

Esto originó no pocas interpretaciones contrapuestas en la Doctrina y la Jurisprudencia a lo largo de los años siguientes. Muestra de ello fue la sentencia de la Sala Segunda de 16 de mayo de 2002, que analizaremos a lo largo del presente apartado.

Y llegamos a 1999. La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio vino a modificar el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos⁴². Su Exposición de Motivos dejaba claro que el fin de la Ley era *lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas*⁴³.

La mencionada ley incorporaba novedades importantes:

a) Inclusión como pena accesoria en determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima.

b) Tipificación como delito específico de la violencia síquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas.

c) Posibilidad del ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas

d) Adecuación de la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima.

La inclusión de estas medidas, que conllevaron la modificación de los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 53, 617 y 620 del Código penal, supusieron una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. El tiempo ha demostrado la efectividad de las mismas, encontrándose a día de hoy en vigor, con las modificaciones parciales que se han ido produciendo conforme evolucionaban los programas sociales, políticos y jurídicos. Pero el espíritu que dio lugar a la publicación de la ley y a la imposición de tales medidas se ha mantenido hasta el día de hoy.

Aunque estas medidas se adoptaron en el seno de protección de delitos de malos tratos (recordamos que estas medidas se originan a consecuencia de la legislación de 1999, cinco años antes de la promulgación de la Ley 1/2004 y de su consiguiente entrada

⁴² Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, *de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, BOE núm. 138 de 10 de junio.

⁴³ *Ibíd.*, Exposición de Motivos Única.

en vigor), las medidas aquí contempladas sirvieron de base para estructurar las consecuencias penales de los delitos y faltas⁴⁴ relacionados con violencia de género, siendo éstas un pilar fundamental a la hora de fijar las consecuencias en la comisión de estos delitos.

No podemos olvidar que uno de los objetivos fundamentales de la Ley 1/2004 fue lograr la recuperación de la mujer víctima de violencia de género de los derechos vulnerados contra su persona, bienes o de las personas cercanas a ella, así como conseguir la salvaguarda de su integridad; objetivos que en gran parte se pudieron alcanzar garantizando que el agresor se mantuviera alejado de la víctima, o prohibiéndole la comunicación con ella.

En consonancia con lo anterior, la Exposición de Motivos de la Ley 14/1999 previó la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 13 y 109, junto con la incorporación de un nuevo artículo 544 bis. Se pretendía así facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, a través de la introducción de una nueva medida cautelar que permitiera el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, la cual podía acordarse entre las primeras diligencias judiciales.

Por otro lado, se reformó el artículo 104 de dicha Ley para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, al tiempo que se eliminó la obsoleta referencia que se contenía en dicho precepto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos hacia sus padres. También se revisó la redacción del artículo 103 con el objeto de ponerla en consonancia con el Código Penal vigente en aquel momento, abandonando así conceptos como *amancebamiento* o *adulterio*⁴⁵, o *desobediencia de la mujer al marido*⁴⁶.

En suma, la violencia doméstica fue motivo de preocupación generalizada por los operadores políticos, sociales y jurídicos de la época, y prueba de ello fue la aprobación

⁴⁴ Aún vigentes en esas fechas.

⁴⁵ *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, publicada en BOE números 260 a 282, de 17 de septiembre a 10 de octubre de 1882, artículo 103.

⁴⁶ *Ibíd.*, artículo 104.

de sucesivas leyes que tendían a concretar las situaciones de violencia de esta naturaleza, para así aislarlas y prever o castigar sus consecuencias.

Muestra de ello fue la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 16 de mayo de 2002⁴⁷, a la que antes nos referíamos, la cual se pronunció sobre el concepto de *habitualidad*. Dicho término, controvertido y susceptible de estudio desde numerosas posiciones jurídicas, quedó relativamente identificado tras el dictamen de esta sentencia. La misma señalaba que existían dos corrientes para interpretar la “habitualidad”: *La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.*

En esta línea se pronunció también la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/1998, donde declaraba que: *“el concepto de habitualidad es distinto del de reincidencia: no se exige, pues, que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título. Tampoco coincide con el concepto legal de reos habituales que fija el artículo 94, pues éste opera a los solos efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras”*⁴⁸.

La preocupación legislativa y jurisprudencial por la violencia familiar evolucionó considerablemente en los primeros años del siglo XXI, donde la actividad legislativa fue

⁴⁷ Sentencia núm. 3450/2002 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de mayo, siendo Ponente D. RAMOS CANCEDO, D. A.

⁴⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 24 de octubre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.*

prolífica. La promulgación de las leyes de esta naturaleza eran el reflejo de una sociedad preocupada por estas formas de violencia, que asumía las responsabilidades internacionales sobre la persecución de delitos de estas características.

Esta concienciación fue plasmada en la Ley 27/2003, *Reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*⁴⁹. Su Exposición de Motivos reconoció la preocupación pública por la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, introdujo la violencia de género como un grave problema de la sociedad que exigía una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos.

Y es a raíz de la promulgación de esta ley cuando el legislador pasó a diferenciar claramente el concepto de violencia doméstica del de violencia de género. La Ley 27/2003, en su Exposición de Motivos, ya indica que *la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos, y, actuando en consecuencia, incluye en la LECrim un nuevo artículo -el 544 ter-*.

En dicho artículo quedaban fijados los modos de actuación ante casos de violencia doméstica en los que las víctimas vieran peligrar su integridad física o moral, estableciendo medias urgentes de protección y aseguramiento de su persona y bienes, y por extensión, el aseguramiento de los intereses de los menores que pudieran verse afectados de manera directa o indirecta en procedimientos de esta naturaleza.

Como vemos, la violencia doméstica y la de género tienen origen común, pues el bien jurídico protegido tendía a identificarse en tiempos anteriores. Tal y como recoge FUENTES SORIANO, *debe reconocerse que en el ámbito familiar también otros sujetos distintos de la mujer pueden sufrir agresiones. Pero se trata, sin embargo, de agresiones sustancialmente diferentes; no sólo porque, por la infrecuencia con que se producen no cabe reconocerlas como una auténtica lacra social --elemento éste que sí concurre, lamentablemente, en la violencia doméstica padecida por la mujer--, sino porque, por sus peculiares rasgos y características, la violencia doméstica padecida por la mujer tiene unas*

⁴⁹ Ley 27/2003, de 31 de julio, *Reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*, BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

*implicaciones que, (...), van mucho más allá de la mera y puntual paliza, bofetada o agresión. Conllevan un desvalor añadido consistente en anular a la mujer como persona anulándole, igualmente, la voluntad y la iniciativa; se cumple así la misión de esta violencia: consagrar el dominio del varón sobre la mujer, también, en la relación familiar y afectiva. La violencia doméstica padecida por la mujer, como manifestación que es de la violencia de género tiene unos determinados rasgos y consecuencias propios y característicos que la distinguen de cualquier otra agresión violenta que pueda acontecer en el ámbito familiar frente a cualquier otro sujeto distinto de la mujer*⁵⁰.

Entiende FUENTES SORIANO, en línea con lo expuesto hasta ahora, que la violencia doméstica y violencia de género tienden a ser consideradas como conceptos sinónimos. Según la autora, *posiblemente la causa de esta frecuente confusión terminológica se encuentre íntimamente relacionada con la tardía toma de conciencia por parte de la sociedad española en torno al origen de la violencia que sufre la mujer. Efectivamente, los primeros instrumentos normativos y las primeras manifestaciones institucionales de los poderes públicos en relación con la violencia padecida por las mujeres atienden, tan sólo, a su origen familiar, prescindiendo de cualquier visión amplia y completa del contexto en el que se generan*⁵¹.

No obstante, la publicación de la Ley Orgánica 1/2004 y el desarrollo normativo estatal, autonómico y local que conllevó la puesta en marcha de esta ley contribuyeron a que la violencia de género alcanzara identidad jurídica propia. De esta manera, la violencia de género logró desmarcarse jurídica y socialmente de la violencia doméstica, la cual recoge aspectos mucho más amplios.

Aunque con orígenes comunes, ya hemos analizado anteriormente que la violencia de género no guarda identidad exacta con la doméstica, en cuanto que el bien jurídico protegido excede, en cuanto a su contenido, del de la vulneración de derechos personales

⁵⁰ FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, Diario La Ley, Nº 6362, Sección Doctrina, 18 Nov. 2005, , recuperado de www.smarteca.es/Reader/Reader/Home.

⁵¹ *Ibid.*, Sección Doctrina.

o patrimoniales de una persona en el ámbito familiar, íntimo, dificultando el acceso de medios de prueba, investigación y respuesta.

No podemos olvidar tampoco el *plus* de protección requerido en los casos de violencia contra la mujer.

Y es que precisamente la diferencia básica entre la violencia doméstica y la violencia de género es su especialización: mientras la violencia doméstica se centra en el castigo de la violencia ejercida por un miembro de la familia hacia otro del mismo núcleo familiar, la violencia de género pretende castigar las conductas constitutivas de delito (o falta, si hablamos antes de la reforma del Código penal que entró en vigor el 1 de julio de 2015) que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia⁵².

Prueba de la necesidad de protección es la contemplación, a raíz de la publicación de la mencionada ley, de medidas de protección integral respecto de la mujer víctima de violencia de género, medidas que abarcan ámbitos tan dispersos como el social, educativo, económico o penal.

La Ley 1/2004 protege también a personas especialmente vulnerables relacionadas con la víctima o el agresor (hijos/as, menores, incapaces), y que pueden sufrir directa o indirectamente las consecuencias de la violencia ejercida sobre las mujeres⁵³.

2.1.2.- Valoración del supuesto estudiado y su relación con la Violencia de Género

La Ley Orgánica 1/2004 asienta en el ámbito político, social, económico y jurídico la idea de violencia de género, instaurándola como un concepto con naturaleza jurídica propia, y extrayendo de éste mismo las consecuencias integrales que surgen en torno a un episodio de violencia. Se configura de esta manera un marco en el que los distintos operadores jurídicos desarrollan un papel fundamental a la hora de prevenir, repeler y

⁵² Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *op. cit.*, artículo 1.

⁵³ *Ibid.*, Exposición de Motivos, Apdo. II.

castigar conductas propias de violencia de género. Igualmente, se establecen mecanismos de control, aseguramiento de personas y bienes, y previenen mecanismos para reintegrar los derechos a las mujeres víctimas de violencia así como a los menores que se ven afectados directa o indirectamente por un acontecimiento de esta naturaleza⁵⁴.

Pero, ¿significa esto que las conductas de violencia doméstica quedan desprotegidas, quedan desamparadas frente a un bien jurídico digno de más y mejor protección? La respuesta es que no, en absoluto. Debemos indicar que dicha preocupación del legislador por advertir y castigar las conductas propias de violencia doméstica es antigua, y la ley ya se ocupó de señalar el camino a seguir para acabar con este tipo de violencia, en la que pueden encontrarse sujetos de cualquier signo y condición.

De lo que trata la Ley Orgánica 1/2004 es de otorgar protección, objetivamente, a las víctimas de violencia de género y, por estadística, ésta la cometen los varones en relación con las mujeres. Que la pena sea superior o no a la de otros tipos penales que recogen acciones violentas diferentes depende, exclusivamente, del bien jurídico protegido y de la gravedad del injusto que se trata de penar y, por tanto, proteger⁵⁵.

Las víctimas de delitos de esta naturaleza escapan del régimen ordinario (o general, si queremos llamarlo así) de víctimas de violencia familiar, pues, aunque la violencia profesada sobre las mujeres en estas circunstancias también se refiere al ámbito familiar e íntimo, -como en el caso de la violencia doméstica- existe un añadido en el modo de desarrollar esta violencia, como es la *superioridad* que ejerce el hombre sobre la mujer como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de

⁵⁴ Sobre este tema, ver, entre otros, RAMON RIBAS, E., "Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica", en PUENTE ABA, L. M. (Directora), *La respuesta penal a la violencia de género*, Ed. Comares, Granada, 2010; CUCHI DENIA, J. M., "La convivencia como presupuesto de los delitos de violencia de género", *Diario La Ley*, 25 de noviembre de 2008.

⁵⁵ A pesar de lo que pronuncien las estadísticas, no podemos concluir que la situación de desigualdad pueda ser ejercitada únicamente por hombres hacia mujeres, ni sólo en relaciones de pareja. Veremos, al hablar de la violencia *intragénero*, como cabe la posibilidad de hablar de situación de desigualdad entre personas del mismo sexo, en situaciones muy diversas. También podemos percibir situaciones de desigualdad en relaciones distintas a las sentimentales, como las familiares o profesionales.

poder de éste sobre la mujer. Así, podemos concluir que la violencia de género puede situarse en una posición especial (o, mejor dicho, *especializada*), dentro del ámbito de violencia doméstica, compartiendo el punto de partida, sin que tengan que ver con esto el ejercicio de ninguna acción positiva del Estado que permita penar con mayor gravedad una misma acción cuando se trate de proteger a una mujer que cuando se trate de proteger a otros sujetos de la relación familiar. Sucede, simplemente --aunque está costando esfuerzo social y legal asimilarlo--, que la violencia de género es una violencia peculiar y distinta de cualquier otro tipo de violencia interpersonal y, en consecuencia, requiere de su tipificación concreta si verdaderamente se aspira a un mínimo éxito en la lucha por su erradicación⁵⁶.

2.2.- Violencia de género y Violencia ejercida por uno de los integrantes de una pareja hacia el otro siendo ambos del mismo sexo: Violencia *Intragénero*

2.2.1.- Regulación legal de las Uniones Estables de Pareja y su importancia en la normalización de las relaciones homosexuales

La redacción de la Ley Integral 1/2004 deja latente que la misma tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o por quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia⁵⁷. De una primera lectura podemos percibir que, de manera tácita, parece que la Ley deja fuera de su aplicación la violencia desarrollada de un miembro de una pareja o ex pareja a otro cuando ambas personas son del mismo sexo.

Y es que, aun socialmente reconocidas, es a partir de la reforma del Código Civil en 2005⁵⁸ cuando las relaciones homosexuales adquieren carta de naturaleza en materia civil, equiparándose en derechos y deberes al matrimonio heterosexual.

⁵⁶ FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *op. cit.*, Sección Doctrina.

⁵⁷ Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *op. cit.*, artículo 1.

⁵⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

No obstante, las normativas autonómicas llevaban la delantera a la legislación estatal, en cuanto al reconocimiento de derechos civiles para los homosexuales se refiere.

Prueba de ello es la proliferación de legislación autonómica sobre las Uniones Estables de Pareja en los primeros años del siglo XXI, concepto en el que tenían cabida igualmente las relaciones homosexuales. Las legislaciones que vamos a enumerar a continuación regulan las Uniones Estables de Pareja antes de 2005 (fecha de reconocimiento de igualdad para contraer matrimonio civil); y lo hacen equiparando los derechos de las parejas homosexuales a los de las heterosexuales.

La primera en legislar sobre la materia antes citada fue Cataluña, en virtud de la ley 10/1998, sobre *Uniones estables de pareja*⁵⁹. Dicha ley regula las Uniones Estables de Pareja, diferenciando las parejas heterosexuales de las homosexuales. Y lo hace amparada en las competencias legislativas de la Comunidad. La Ley desarrolla básicamente las competencias de derecho civil que corresponden a la Generalidad, con abstracción de la reserva de competencia exclusiva del Estado en cuanto a las formas del matrimonio, porque la regulación de las parejas de hecho heterosexuales o de las homosexuales implica el reconocimiento de unas situaciones no necesariamente equiparables al matrimonio, según lo que ha reconocido expresamente la jurisprudencia constitucional, como se ha asegurado.

La Ley Foral 6/2000, *para la igualdad jurídica de las parejas estables*⁶⁰, hace constar expresamente que en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.

La Comunidad Valenciana regula las Uniones Estables de Pareja en virtud de la Ley 1/2001⁶¹, como consecuencia de Decreto 250/1994, de 7 de diciembre. Dicho Decreto ya

⁵⁹ Ley 10/1998, de 15 de julio, de *Uniones estables de pareja* de Cataluña, BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

⁶⁰ La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, *para la igualdad jurídica de las parejas estables*, BOE núm., 214, de 6 de septiembre de 2000.

⁶¹ Ley 1/2001, de 6 de abril, *por la que se regulan las uniones de hecho* de la Comunidad Autónoma

creó el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, y que fue desarrollado mediante la Orden de 15 de febrero de 1995, de la Conselleria de Administración Pública. La Ley supone una respuesta clara a una demanda reconocida por amplios sectores sociales e institucionales, con el fin de apoyar un itinerario de reconocimiento de esta fórmula de convivencia en el marco del derecho común que evite cualquier tipo de discriminación para la persona.

La Ley 11/2001 de *Uniones de Hecho* de la Comunidad de Madrid⁶² reconoce en su Exposición de Motivos los avances producidos en la normativa el marco de referencia general. Contempla igualmente que la aprobación de la Ley tenía su justificación en el artículo 7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en el artículo 14 de la Constitución Española que garantiza la igualdad de los españoles ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones, entre otras, de sexo, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social, el artículo 9 de la Constitución Española relativo a la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad evitando situaciones en que pueda producirse discriminación, así como en la Resolución de 8 de febrero de 1994, del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que reitera "la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual".

La Ley 18/2001 de *Parejas Estables*, de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears⁶³, es el resultado de un profundo estudio jurídico que ha aprovechado las aportaciones y la experiencia de la normativa comparada, así como el resultado de diversos estudios sociológicos y de consultas realizadas a entidades representativas, ha conducido al reconocimiento de determinados efectos de la relación de pareja en la esfera civil, patrimonial, fiscal y de función pública que, sin que suponga en ningún momento una

Valenciana, BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2001.

⁶² La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de *Uniones de Hecho* de la Comunidad de Madrid, BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2001.

⁶³ La Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de *Parejas Estables*, de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002.

copia adulterada de la figura tradicional del matrimonio, constituye la creación de un régimen jurídico específico para las parejas estables, en el cual se ha eliminado cualquier discriminación por razón de la orientación sexual de éstas, y que descansa en un evidente consenso social.

Por su parte, la Ley 4/2002 de *Parejas Estables de Asturias*⁶⁴ tiene por objeto establecer un conjunto de medidas que contribuyan a garantizar el principio de no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico del Principado de Asturias, de manera que nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo.

La Ley 5/2002 de Parejas de Hecho de Andalucía⁶⁵, pretende establecer un conjunto de medidas que contribuyan a garantizar el principio de no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de manera que nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo.

La Comunidad Autónoma de Canarias, por su parte, regula las parejas de hecho por Ley 5/2003⁶⁶. Entiende que no puede quedar al margen de esta realidad social, y debe, en el ámbito de las competencias que el Estatuto de Autonomía le concede, aportar a la sociedad canaria una norma que otorgue seguridad jurídica a quienes voluntariamente han decidido formalizar una relación estable de pareja, con independencia del sexo de cada uno de ellos, y sin ningún tipo de discriminación.

⁶⁴ Ley 4/2002, de 23 de mayo, de *Parejas Estables de Asturias*, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2002.

⁶⁵ La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía, BOE núm. 11, de 13 de enero de 2003.

⁶⁶ LEY 5/2003, de 6 de marzo, *para la regulación de las parejas de hecho* en la Comunidad Autónoma de Canarias, BOE núm. 89, de 14 de abril de 2003.

La Ley 5/2003 *de parejas de hecho* de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁶⁷ entiende que, en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico extremeño, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas constituidas en pareja de hecho, con independencia de su sexo.

La Ley 2/2003, *reguladora de las parejas de hecho del País Vasco*⁶⁸ demuestra la preocupación por la especial desprotección sufren los grupos familiares en los que la pareja está compuesta por dos hombres o dos mujeres, que se ven discriminados frente al resto de parejas por ejercer una opción afectivo-sexual tan legítima como cualquier otra al ver negado por el ordenamiento jurídico el acceso al matrimonio y, en algunos casos, el ejercicio de los mismos derechos de que gozan las parejas no casadas compuestas por un hombre y una mujer.

Las legislaciones autonómicas, a diferencia de la normativa estatal, cuentan con un marco territorial más reducido, y normalmente ostentan más flexibilidad para legislar en materia de la que son competentes. La normativa estatal, por lo general, suele abordar la problemática social con un tanto de carencia en el tiempo respecto de la normativa autonómica, y ello se desprende de lo dicho hasta ahora en esta materia: vemos que las autonomías legislaron sobre las Uniones estables de Pareja, equiparando los derechos de los heterosexuales y homosexuales que se acogieran a la ley, mientras que la legislación estatal tardó más de siete años en hacerlo, desde que la primera comunidad autónoma (Cataluña) lo hizo, en 1998.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, *por la que se modifica el Código Civil en materia a derecho a contraer matrimonio*⁶⁹, pone de manifiesto la larga trayectoria

⁶⁷ Ley 5/2003, de 20 de marzo, *de parejas de hecho* de la Comunidad Autónoma de Extremadura, BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2003.

⁶⁸ Ley 2/2003, de 7 de mayo, *reguladora de las parejas de hecho*, BOE núm. 284, de 25 de noviembre de 2001.

⁶⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer*

de discriminación basada en la orientación sexual que la Historia ha evidenciado, discriminación que el legislador ha decidido remover, exponiendo que *el establecimiento de un marco de realización personal, que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad, se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta*. Podemos percibir, de lo puesto de manifiesto, cierta preocupación del legislador nacional por tener en cuenta las demandas sociales a las que ya habían atendido, años antes, un número considerable de comunidades autónomas.

2.2.2.- Análisis del concepto de Violencia *Intragénero* y su respuesta penal

El reconocimiento civil de las Uniones Estables de Pareja no determina, *per se*, la identidad a la hora de valorar las consecuencias penales derivadas de una relación de pareja, ya que los presupuestos, requisitos y consecuencias dadas en el ámbito penal difieren de las establecidas en el ámbito civil. Tampoco en el ámbito penal se exige que las relaciones sentimentales –sean heterosexuales u homosexuales– deban estar registradas en un organismo oficial para que sean tenidas en cuenta a la hora de valorar las consecuencias jurídicas en los delitos cometidos en el seno de las mismas.

Precisamente en el ámbito penal, BRAVO PÉREZ define la violencia *intragénero* como *aquella que se produce en el marco de parejas y exparejas del mismo sexo, esto es, de lesbianas, bisexuales y gays, sean transexuales o bisexuales*, concretando que la violencia en estos casos es un ejercicio de poder y control, halla su causa en una desigualdad de poder. Sin embargo, a diferencia de la violencia de género, esta desigualdad de poder no proviene del sexismo, sino que atiende a variables muy diversas⁷⁰.

En relación con lo anterior, MUÑOZ RUIZ se pronuncia con relación al debate que tiene por objeto la opción de incluir la violencia *intragénero* entre los supuestos de

matrimonio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

⁷⁰ BRAVO PÉREZ, L., Blog Violencia Intragénero. 2016, extraído de www.violenciaintragenero.com.

violencia de género⁷¹.

La autora deja constancia de que este problema se encontraba latente desde que en 2004 el legislador español diera luz verde al tratamiento diferenciado y agravado de la violencia machista en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; ley que, si bien para algunos, era un clamor popular ante el alarmante número de mujeres muertas a manos de sus maridos o parejas, para otros no es sino una norma abiertamente conflictiva desde su origen, al incluir en su articulado un subtipo cualificado de maltrato singular u ocasional en el que el sujeto pasivo *sea o haya sido esposa o mujer ligada al maltratador en análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*⁷², lo que generó numerosos interrogantes, y que se refiere, entre otras preocupaciones, a si la Ley Integral puede o debe ser aplicada a la violencia que se ejerce entre los miembros de parejas homosexuales.

Si nos atenemos al tenor literal de la Ley Orgánica 1/2004, los delitos cometidos por un miembro de la pareja o ex pareja hacia otro, siendo ambos del mismo sexo, no tienen cabida en el ámbito de la mencionada ley; la doctrina y la jurisprudencia son claras: la Ley 1/2004 pretende castigar las conductas constitutivas de delito o falta que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes *sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*.

La Ley 1/2004 no tiene por objeto castigar los delitos cometidos contra *todas* las mujeres, sino aquéllos en los que se pruebe la concurrencia de dos elementos:

- a) Un elemento *objetivo*, centrado en los actos de violencia desarrollados hacia las mujeres por parte de quien sea o haya sido su pareja, y
- b) Un elemento *subjetivo*, consistente en que los actos de violencia se hayan

⁷¹ MUÑOZ RUIZ, J., "Recientes adiciones jurisprudenciales en materia de personas criminalmente responsables por delitos de violencia de género", Diario La Ley, Nº 7524, Sección Doctrina, 9 Dic. 2010, Año XXXI.

⁷² Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *op. cit.*, artículo 37, que modifica el artículo 153 Código Penal.

desarrollado como consecuencia de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder que tiene el hombre sobre la mujer.

En una relación entre personas del mismo sexo no tendría cabida la aplicación de la Ley 1/2004: entre dos hombres no se aplicaría porque en la ley 1/2004 se requiere que el sujeto pasivo sea una mujer, cosa que lógicamente no se da en estas relaciones, y en las parejas de mujeres tampoco, porque la Ley 1/2004 requiere que el sujeto activo sea un hombre, y tampoco nos podríamos encontrar ante esta situación.

¿Significa esto que la violencia *intragénero* está desprotegida o en desigualdad de condiciones frente a otros tipos de violencia de semejante naturaleza? Entendemos que no, puesto que, como mencionábamos al comienzo del presente epígrafe, tiene cabida en el ámbito de violencia doméstica. De hecho, la Circular 4/05⁷³ de la Fiscalía del Estado, ya incluía las relaciones homosexuales, a los efectos de tutela penal, en el apartado 2 del artículo 153, referido a la violencia doméstica. Y así lo expresaba al concluir: *«asimismo, la dicción legal del art. 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales»*.

El ámbito jurisprudencial también contemplaba los supuestos de violencia entre parejas del mismo sexo, calificándolo como violencia doméstica. En este sentido, recuerda la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado⁷⁴ la Sentencia del Tribunal Supremo 1068/2009 de 4 de noviembre. Dicha resolución estimó el recurso interpuesto por el recurrente --que había sido condenado por un delito del art. 171.4 del CP, por haber proferido amenazas a su pareja sentimental homosexual--, aduciendo que entre amenazante y amenazado existía una relación de «pareja conviviente, siendo en aquel

⁷³ Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género

⁷⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer

momento compañeros sentimentales». El Tribunal Supremo casó la sentencia dictando otra en su lugar en que absolvía al acusado recurrente y le condenó por una falta de amenazas prevista en el art. 620 CP, y lo argumentó del siguiente modo: *«ocurre, sin embargo, que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino. En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo»*.

No existe una ley específica que recoja una protección integral del modo que lo hace la Ley Orgánica 1/2004, ni se hace referencia a medidas económicas, laborales o asistenciales, cosa que sí sucede en el ámbito de violencia de género⁷⁵.

En cualquier caso, es interesante señalar que el Código Penal reconoce en algún supuesto la importancia de la convivencia y de la relación de pareja, igualando el castigo en los supuestos de violencia; así, el artículo 173.2 del Código Penal castiga la violencia física o psicológica habitual de un cónyuge al otro, o sobre la persona que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia (no haciendo, por tanto, distinción entre si la víctima es una mujer en una relación de pareja heterosexual). Este precepto se aplica igualmente por remisión directa en el artículo 153.2 del Código Penal.

2.2.3.- Valoración del supuesto estudiado y su relación con la Violencia de Género

Es de sobra conocido el principio aplicable al derecho penal sobre que *la regulación penal debe ir un paso por detrás de la evolución social*, siendo dicho principio perfectamente aplicable al caso que aquí nos ocupa; de esta manera, la sociedad ha venido exigiendo, en las últimas décadas, la necesidad de reconocer un trato diferenciado de las actuaciones que se realizan en determinados ámbitos de las parejas y ex parejas;

⁷⁵ A modo de ejemplo: se regulan los derechos laborales en el artículo 21 ss; derechos económicos, 27 ss; tutela institucional, artículos 29 ss. Todos ellos referidos a la LO 1/2004.

concretamente, en el ámbito civil ya se ha apuntado la evolución que supone el reconocimiento de la plena equiparación en derechos y deber del matrimonio heterosexual que el homosexual, entendiéndose, de esta manera, que quedan eliminadas las trabas para equiparar totalmente los derechos civiles de las parejas de un sexo o de dos.

Si esto ha sucedido en el ámbito civil, en el ámbito penal --que es más reticente a una reacción rápida ante los cambios que acontecen en la sociedad--, puede percibirse una lenta evolución en la protección de los derechos de víctimas que se ven envueltas en conductas delictivas, y en los que el elemento del sexo juega un papel importante en el desarrollo de tal conducta ilícita. De esta manera hemos comprobado cómo evoluciona el derecho penal en lo que respecta a la protección y castigo por delitos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica, en el cual pueden presentarse, conjunta o separadamente, elementos relacionados con la afección sentimental y con la relación de familiaridad e intimidad existente entre las partes.

El culmen del reconocimiento de derechos en materia penal, y por ende, de la protección requerida y necesaria para la víctima y su entorno, viene con la promulgación de la Ley 1/2004, momento en el cual la mujer adquiere un papel fundamental en la protección de sus intereses, elevándose como un bien jurídico propio y digno de proteger frente a los abusos que pretenden contra ella hombres con los que tiene o ha tenido trato sentimental.

Podemos afirmar, de manera gráfica, que la protección de los derechos de la víctima de violencia *intragénero* queda asegurada a través de la tipificación de los delitos constitutivos de violencia doméstica, concurriendo los elementos objetivos y subjetivos para que ésta pueda darse y en consecuencia, castigarse. Sin embargo, realmente la violencia *intragénero* no tiene cabida, a día de hoy, en el ámbito de Violencia de Género pues, aunque pueda darse en el delito cometido una situación de desigualdad, discriminación y poder de un miembro a otro de la pareja, faltará el elemento subjetivo necesario, esto es, que el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer.

2.3.- Violencia de género y Violencia ejercida en las relaciones sentimentales paralelas

2.3.1.- Análisis del concepto de “relaciones sentimentales paralelas”

El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 fija como sujeto activo de los delitos propios de violencia de género a los hombres y como sujeto pasivo a las mujeres, exigiendo además dos elementos subjetivos, los cuales deben concurrir necesariamente a fin de calificar un delito como propio de violencia de género, a saber:

a) Que los actos de violencia sean consecuencia de la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, y

b) Que los mismos se ejerzan sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

A primera vista pudiera parecer que el artículo 1, y en consecuencia, la totalidad de los preceptos recogidos en la ley, hacen referencia a la violencia ocurrida en el seno de una relación de pareja, presente o pasada.

Pero la sociedad avanza, evoluciona, y no siempre lo hace en la dirección que normativamente se haya podido prever. Podemos encontrarnos en el supuesto de actos constitutivos de delito en los que la víctima, el agresor o ambos a la vez estén ligados sentimentalmente con otra/s personas.

La protección de la norma penal alcanza a aquellas relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza, como una manifestación más de las relaciones de afectividad *more uxorio*, considerando que sólo podrán excluirse aquellas que se mantienen de modo esporádico u ocasional.

Esta tesis ha sido mantenida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011⁷⁶, así como por la jurisprudencia. En concreto, la Sala Segunda del Tribunal

⁷⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, *op. cit.*

Supremo se ha pronunciado en sentencia en estos términos, reconociendo la dificultad de dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de los tipos penales relativos a la violencia de género⁷⁷. Estima la resolución que lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es *“que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro”*, quedando por tanto excluidas del concepto de análoga relación de afectividad *“las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer”*.

Otra de las claves de esta cuestión la aporta igualmente la Sala Segunda, que viene a exponer una de las características que son propias de estas relaciones, al establecer que *“la protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional”*.

2.3.2.- Valoración del supuesto estudiado y su relación con la Violencia de Género

A su vez, la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género no exige que los sujetos activo y pasivo se encuentren unidos por un vínculo formal con velo de legalidad entre ellos. Del estudio del articulado de la propia ley, descubrimos que lo relevante es:

- i) Que la relación sea entre un hombre y una mujer, como ya se ha analizado,
- ii) Que en la misma el hombre ejerza un acto de discriminación e igualdad que se traduzca en violencia hacia la mujer, y
- iii) Que estos actos se realicen por quien o ha sido su pareja.

⁷⁷ Sentencia nº 510/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 12 de Mayo de 2009, siendo ponente MARCHENA GÓMEZ, M.

Se diferencia así este tipo de otros actos de violencia no calificados como “de género”, que se puede dar igualmente entre hombres y mujeres y como consecuencia de una situación desigual, como es la violencia doméstica, o la violencia ejercida sobre las mujeres como agravantes genéricas de actuar en condiciones de superioridad, por ser persona influyente en ámbito laboral, personal o de índoles análogas.

Es en el concepto de pareja donde hemos de detenernos, pues el derecho penal en este punto difiere de lo que las normas civiles o administrativas pueden calificar como tal; así, recordamos que el Tribunal Supremo confirma que la protección de la norma penal alcanza a aquellas relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza, como una manifestación más de las relaciones de afectividad *more uxorio*, considerando que sólo podrán excluirse aquellas que se mantienen de modo esporádico u ocasional, sin que podamos, *a priori*, excluir del ámbito de aplicación de violencia de género un concepto tal como el de las relaciones paralelas Y ello porque lo determinante será, en consonancia con lo anterior, que exista una relación relativamente duradera, con planes de futuro en mayor o menor medida concebidos, sin que quepa incluir, por tanto, las relaciones esporádicas o meramente circunstanciales, las cuales deberán tramitarse y resolverse con arreglo a los preceptos generales de la ley⁷⁸.

2.4.- Relación entre las situaciones estudiadas y la Violencia de Género

Los fenómenos estudiados en los puntos anteriores contribuyen a ofrecer una visión clarificadora sobre los orígenes de la violencia de género (en el caso de la violencia doméstica), y también sobre los límites definitorios de la misma; de esta manera, la alusión a la violencia en parejas del mismo sexo ayuda a definir los requisitos subjetivos de la violencia de género, aunque sea en sentido negativo, y lo descrito sobre relaciones sentimentales paralelas matiza el sentido de las “relaciones de afectividad”.

La violencia doméstica se configura como el antecedente normativo más inmediato a la violencia de género. Con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2004, las mujeres

⁷⁸ Recordamos la Sentencia nº 510/2009 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 12 de Mayo de 2009.

víctimas de violencia a manos de sus parejas (o maridos), cuando ésta era ejercida como consecuencia de una situación de poder, discriminación o desigualdad, quedaban protegidas como víctimas de violencia de género, junto con otros sujetos protegidos por dicho concepto.

Hoy en día, las diferencias ente un tipo de violencia y otro son patentes, y no ofrece mayor dificultad distinguir penalmente un concepto y otro.

Sin embargo, en nuestros días la violencia doméstica no se encuentra desligada completamente de la de género, toda vez que, además de las raíces comunes existentes entre ambas figuras y que hemos apuntado en apartados anteriores, existen figuras delictivas que asocian las mismas consecuencias penales en un caso y otro, como el supuesto de maltrato habitual o el de acoso (artículos 172 .3 y 172 ter del Código Penal) .

Hemos de apuntar igualmente que, en los supuestos de atentados de hombres hacia quien sea o haya sido su esposa y pareja, la prueba practicada en instrucción o juicio oral determinará la existencia o no de la situación de discriminación, poder o superioridad del hombre frente a la mujer. Y en el caso en que no quede probada esta condición en el momento de perpetrarse el delito, la acción podrá calificarse como violencia doméstica (por la relación existente entre las partes), pero carecerá del elemento subjetivo para ser considerada como propia de violencia de género, por lo que la aplicación más genérica de la violencia doméstica será el criterio a imponer.

Por lo que respecta a la violencia *intragénero*, la misma no constituye un elemento configurador de la violencia de género. Sirve, sí, para delimitar los márgenes de la misma, en cuanto a la configuración del elemento personal que la conforma. De lo expuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 comprobamos que no tiene cabida la consideración de violencia de género a la violencia ejercida de una persona a otra en una pareja o expareja, cuando ambas sean del mismo sexo. Y ello aunque la violencia se haya ejercido a consecuencia de una situación de poder, discriminación o desigualdad de un miembro respecto del otro, ya que el elemento personal (hombre-mujer) no estará cumplido.

Como hemos señalado anteriormente, el supuesto de violencia en una relación sentimental con personas del mismo sexo no implica la falta de previsión legal

especializada para estos casos, pues estas situaciones se castigarán, si procede, como delitos en ámbito de violencia doméstica. Por tanto, podemos indicar que la violencia ejercida en este ámbito encuentra un extra de protección frente a los tipos ordinarios, aunque no alcanza el nivel de protección de la violencia de género, que cuenta, no ya con tipos penales específicos, si no con una ley de protección integral.

No podemos decir lo mismos de las situaciones en que la violencia se desarrolla entre miembros de una pareja, cuando la misma es una relación paralela a otra/s que pueden tener uno o ambos miembros. Estos casos (siempre que concurra el elemento personal de agresor-hombre y víctima-mujer) serán susceptibles de castigarse como violencia de género si se determina la existencia de una situación de desigualdad, discriminación o poder del hombre hacia la mujer. Para ello, será necesario, además del cumplimiento de los requisitos antes mencionados, del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, que la relación existente entre las partes supere los contactos puramente esporádicos o de simple amistad. Hemos señalado anteriormente que la jurisprudencia viene exigiendo cierto grado de compromiso y estabilidad, sin que sea necesario unas expectativas de futuro.

Visto lo anterior, podemos señalar que la definición “violencia de género”, descrita en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, guarda similitudes con la violencia doméstica, con la que comparte raíces legales y ubicación penal en algunos supuestos delictivos; por su parte, el fenómeno de las relaciones paralelas contribuye a determinar la significación de “relaciones de afectividad” a la hora de configurar un delito de violencia de género como tal. Y por último señalar que el elemento personal en esta violencia es restrictivo, desde el momento en que el artículo 1 contempla que únicamente cabrá hablar de violencia de género cuando el agresor es un hombre y la víctima una mujer, quedando fuera del término, en consecuencia, las relaciones sentimentales en las que ambos miembros sean del mismo sexo, pudiendo considerarse, e si caso, como violencia doméstica, con la protección penal que ello conlleva.

3.- Delitos afines a los cometidos en el ámbito de Violencia de Género

Si acudimos al Código Penal, podemos comprobar que existen delitos de muy diversa naturaleza. En lo que afecta a nuestro trabajo, encontramos delitos que quedan configurados en el ámbito de violencia de género, bien por ser propios de esta materia, bien por contener referencias directas o indirectas a la misma.

Junto a estos tipos delictivos, hallamos otras modalidades delictivas que guardan relación con la materia de violencia de género, si bien el tratamiento penal, procesal y penológico sea distinto en uno y otro caso.

A pesar de que de su dicción literal no se desprende una relación directa con la violencia de género, se trata de conductas que quedan unidas estrechamente a la misma. Por ello hemos considerado oportuno realizar un estudio de tales tipos delictivos, a fin de comprobar la relación entre dichas modalidades y la violencia de género.

Las figuras a analizar serán: el descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197.7), matrimonio forzado (artículo 172 bis), trata de personas (artículo 177 bis), delitos de odio y discriminación (artículo 510 y 607) y una especial referencia al delito de quebrantamiento. Tras ello, haremos mención a los cambios legislativos que ha supuesto la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 en lo que respecta a los elementos ubicados en el Libro I del Código Penal que pueden afectar a la calificación de la violencia de género. Y ello por entender que, aun no siendo delitos propios, sí hacen referencia a elementos calificadores de los mismos, y pueden condicionar la consideración final del hecho cometido.

3.1.- Violencia de género y Difusión no consentida de contenidos íntimos

3.1.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo

La Ley Orgánica 1/2015⁷⁹ modifica los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. Hasta ahora, el artículo 197 contemplaba como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros

⁷⁹ Ley Orgánica 1/2015, *op. cit.*, Exposición de Motivos XIII.

documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima.

Los supuestos a los que ofrece respuesta la Ley Orgánica son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad.

Esta reforma es consecuencia de la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los *ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal*⁸⁰.

La Exposición de Motivos de la Ley, en su punto XII, justifica la modificación en la pretensión de superar las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea.

El delito de vulneración de secretos era conocido y tramitado por los juzgados de instrucción. Sin embargo, una modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial varía el criterio seguido. La Ley Orgánica 7/2015⁸¹ modifica este criterio, otorgando a los Juzgados de Violencia contra la Mujer competencia exclusiva en el conocimiento de esta materia cuando la víctima sea o haya sido pareja o ex pareja del autor de los hechos.

Y ello por entender, tal y como consta en su Exposición de Motivos (VII), que *la lucha contra la violencia de género sigue demandando medidas en todos los ámbitos, con la finalidad de erradicar esta lacra social. A ello no puede sustraerse la Ley Orgánica del Poder Judicial, que incorpora una batería de medidas destinadas a incrementar la firme y continua lucha desde el ámbito legislativo contra la violencia de género.*

Consecuencia de lo anterior es la ampliación de las competencias del/la Juez de Violencia sobre la Mujer a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y

⁸⁰ DIRECTIVA 2013/40/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, DOUE núm. 218/8, de 14 de agosto de 2013.

⁸¹ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

el honor de la mujer, entre otras materias. De esta manera, conocerá de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por delitos en los que también se viene manifestando la violencia de género; en concreto, los delitos de revelación de secretos y los delitos de injurias.

Visto lo anterior, creemos justificado el análisis del tipo delictivo recogido en el artículo 197 del Código Penal, siendo indudable la relación del mismo con el ámbito de violencia de género. Se trata de un delito común, que contempla una agravante en el caso en que el delito se cometa contra determinadas personas, como son las parejas, exparejas, cónyuges y ex cónyuges, menores de edad, persona con discapacidad necesitada de una especial protección, o se hubieran cometido los hechos con fines lucrativos. La mencionada agravación no se dirige, como vemos, únicamente a la mujer víctima cuando lo sea de su pareja o expareja, cónyuge o ex cónyuge, si no que este supuesto queda enmarcado junto a los anteriormente mencionados, aplicándose, *a priori*, los mismos preceptos penales, procesales y penológicos.

Entendemos necesario el estudio de dicha figura a fin de valorar la importancia que la misma tiene en el ámbito de violencia de género.

* * *

Resulta evidente que en las últimas décadas la tecnología ha evolucionado considerablemente. Y cada vez los cambios se producen con menos tiempo de diferencia. La mejora en las comunicaciones ha contribuido a globalizar las necesidades y los recursos humanos, contribuyendo de una manera importante al desarrollo de la sociedad. No obstante, esta evolución ha supuesto igualmente peligros y riesgos de considerable importancia.

El acceso generalizado a internet unido a la proliferación de sistemas, programas y formas de contacto entre las personas ha dado lugar a dos fenómenos generalizados a los

que DE PORRES ORTIZ URBINA ha llamado: *la intimidación acelerada y la desinhibición on line*⁸².

Reflexiona este autor sobre el uso de internet, determinando que esta forma de comunicación exige al usuario la permanente y masiva comunicación de datos personales, los cuales, al introducirse en la red, pueden dejar de estar bajo el dominio del propietario y pasar a la *intrasfera*, facilitando de esta manera el acceso viciado a estos datos.

Por otro lado, el individuo se despoja de su intimidad, se vuelve exhibicionista, disfruta con la comunicación a terceros de información íntima.

La reforma del Código Penal de 2015 incluye una extensa modificación del delito de revelación de secretos⁸³. La tutela penal de la intimidad, en sus diversas vertientes, merecería un trabajo específico. Por ello, y en aras de evitar derivaciones sobre el tema de estudio del presente trabajo, centraremos el análisis en los efectos relacionados con la violencia de género.

El consentimiento en la creación de imágenes o grabaciones audiovisuales no puede servir como excusa absoluta para la tipificación del delito de revelación de secretos. Prueba de ello la encontramos en lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 197 del Código Penal, el cual establece lo siguiente: *“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado*

⁸² Sobre este tema, ver DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul*, Curso El Convenio de Estambul, hecho en Madrid en marzo de 2016, Formación continua del CGPJ, p. 24-28. En parecidos términos, GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Oportunidad criminal, internet y redes sociales. Especial referencia a los menores de edad como usuarios más vulnerables”, *InDret*, núm. 4, octubre, 2015. También GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Tratamiento jurídico de los delitos de violencia de género a través de las nuevas tecnologías*, op. cit. p. 1.

⁸³ Lo que contribuye a la actualización de los delitos en esta materia, adaptándolos a la realidad social y al cumplimiento de los compromisos internacionales y europeos que tiene nuestro país.

unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

De lo expuesto podemos extraer, *contrario sensu*, la siguiente regla: La prohibición de difundir a terceros contenidos íntimos previamente compartidos –de forma voluntaria- entre el sujeto activo y sujeto pasivo del nuevo delito. Y este consentimiento podrá haberse generado bien porque todas las partes han consentido la grabación u obtención de imágenes o sonidos, bien porque hayan sido captados por uno de ellos con el consentimiento del otro. E incluso, porque hayan sido creados por uno de ellos y remitidos de forma voluntaria por esa misma persona al que después se convertirá en quien los propague sin su conocimiento y/o autorización.

Se trata, pues, de comportamientos que vienen sucediendo en la sociedad; se suelen calificar como casos de *sexting*⁸⁴ (confundiendo la parte con el todo) y, debido muchas veces a la relevancia pública de los afectados o a su contenido morboso, alcanzan gran eco en los medios de comunicación⁸⁵.

Sobre el particular, MORALES PRATS ha sido muy crítico, tanto por la incriminación de los hechos que comentamos como por el conjunto de las modificaciones hechas en el artículo 197 del Código Penal⁸⁶. Junto con los defectos técnicos que, a su juicio, incorpora

⁸⁴ El término *sexting* es definido por DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *op. cit.*, p. 27, como: *“Práctica muy extendida entre jóvenes, pero también entre adultos, enormemente peligrosa, que supone el envío de fotos y vídeos de contenido erótico, obtenidos con el consentimiento de la persona objeto de grabación pero con una finalidad estrictamente privada e íntima y que distribuyen o publican a terceros sin autorización de la persona afectada, pero también podría aplicarse a otras situaciones en que se produce una violación relevante de la intimidad. Piénsese en un vídeo de una intervención quirúrgica o de un acto médico en el que se visualicen las partes íntimas de una persona o graves deformidades o anomalías físicas”*. Sobre este tema escribe también PARDO ALBIACH, J., *Nuevas formas de ejercer violencia a través del medio electrónico*, V, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Director), *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, P. 195-226.

⁸⁵ Sobre este tema, ver MARTÍNEZ OTERO, J. M / BOO GORDILLO, A., *“El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”*, en GARCÍA GONZÁLEZ, J., (Director), *La violencia de género en la adolescencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 291-322.

⁸⁶ MORALES PRATS, F. *La reforma de los delitos contra la intimidad. Artículo 197 Código Penal*, en: *Comentario a la reforma penal de 2015*, obra dirigida por G. Quintero, Aranzadi 2015, págs.459-468, p. 460 y ss.

el texto, dedica severos comentarios sobre la oportunidad y necesidad de elevar estos comportamientos a la categoría de delito. No le falta razón al afirmar que *“ante la clara relajación de costumbres en materia de intimidad o, si se prefiere, de una pérdida de las normas de auto vigilancia de las personas respecto de imágenes íntimas, no se entiende bien por qué el derecho penal debe prestar tutela a las personas que, libremente, han decidido realizar tales envíos”*. Y sigue exponiendo que dichos cambios alteran el lógico reparto de funciones existente hasta ahora entre legislación civil de protección de honor intimidad e imagen y el Código Penal. Posición, por lo demás, asumida por otros autores.

Aun así, por nuestra parte, entendemos que esta reforma era necesaria, al menos, entendida como un mal menor⁸⁷. La existencia de dos colectivos directamente afectados (menores de edad y mujeres que sufren la violencia de género o doméstica) junto con la ausencia de una respuesta legal específica y eficaz que solvete los comportamientos vengativos de esta índole que vienen sufriendo exigía una decisión legislativa. Quizá la que finalmente se ha adoptado no sea la mejor ni la más acertada desde un punto de vista técnico. Pero creemos que plena era digital y con el potencial lesivo que permite internet, una actuación como las descritas no puede saldarse con una reclamación civil. Al menos mientras dicha respuesta sea tan lenta y poco efectiva para lograr una reparación económica y, sobre todo, real, por cuanto esos contenidos permanecerán en la red, puesto que su régimen y funcionamiento escapa a las pretensiones del ofendido, del ofensor arrepentido y/o condenado e incluso a las órdenes de la propia autoridad judicial⁸⁸.

En definitiva, siendo cierto que esta norma supone *“que todos los ciudadanos quedan convertidos en obligados penales al sigilo”*, como asegura MORALES PRATS⁸⁹, no es asumible que una persona pueda destruir la intimidad, honor e imagen de otra con

⁸⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., *La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español*, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, p. 338-341.

⁸⁸ A pesar de los avances jurídicos que se han dado en materia de “derecho al olvido” en internet. Sobre este tema, ver VILLENA SALDAÑA, D., “Derecho al olvido en internet: Google y la doctrina europea”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, julio de 2015, pp. 259-269.

⁸⁹ MORALES PRATS, F. *La reforma de los delitos contra la intimidad. Artículo 197 Código Penal*, op. cit, p. 464.

tanta facilidad y bajo una percepción social generalizada de impunidad. Al menos, como decíamos, en lo que al colectivo de menores de edad y mujeres maltratadas se refiere.

La conducta prohibida es la de difundir, revelar o ceder a terceras personas aquellos contenidos comprometedores que tiene en su poder y que ha obtenido lícitamente con la anuencia del afectado, siempre que dicha comunicación cause un menoscabo, una lesión, sobre la intimidad personal de la víctima.

Por tanto, el objeto material del delito viene asociado a la obtención de imágenes o grabaciones audiovisuales con la anuencia de la persona afectada en un ámbito estrictamente privado, el domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

La conducta típica requiere que a consecuencia de la divulgación se menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. Intimidad viene de *intimus*, que significa "lo más interior". La intimidad corresponde al ámbito psicológico e del individuo y comprende su personalidad, su imagen, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas⁹⁰.

Debemos señalar igualmente que, dada la naturaleza del propio delito y el contenido de su modalidad delictiva, los comportamientos que conforman el tipo podrían provocar posibles concursos de normas en relación con el denominado *grooming* (artículo 183 ter del Código Penal), tratos degradantes y/o vejatorios, así como con el nuevo delito de acecho (172 ter del Código Penal), el cual tendremos oportunidad de estudiar en profundidad en el Capítulo III del presente trabajo.

⁹⁰ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul...*, op. cit., p. 26. Ver también MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch 19ª edición, Valencia 2013, p. 255-256. Dicho autor, en cuanto al concepto de intimidad, señala un aspecto negativo, entendido como una especie de derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada, que pueden calificarse de secretos. Y una segunda acepción que se concibe como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular. (esto último, en relación con QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

3.1.2.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género

A pesar de que el delito de revelación de secretos no es contemplado como un delito propio de violencia de género, lo cierto es que, de manera semejante a lo que ocurre con el delito de quebrantamiento, la Ley Orgánica 7/2015 confiere competencia al/la juez de violencia de género para el conocimiento de estos delitos en caso de que la relación entre las partes quede contemplada en la descripción del artículo 1 de la LO 1/2004.

De esta manera, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2015 adelanta la ampliación de las competencias del Juez de Violencia sobre la Mujer, entre otras materias, a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y el honor de la mujer. Es decir, conocerá de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por delitos en los que también se viene manifestando la violencia de género; en concreto, los delitos de revelación de secretos y los delitos de injurias.

Más allá de la competencia para perseguir delitos de esta naturaleza, en nuestra opinión, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 supone un acierto al incluir el párrafo séptimo del artículo 197, sobre difusión de contenidos íntimos de una persona obtenidos con su anuencia, pero cuya difusión no consiente.

Y es que, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el Código Penal contemplaba penas para comportamientos distintos sobre descubrimiento y revelación de secretos a nivel personal: así, el artículo 197 castigaba los actos de descubrimiento o vulneración de documentos personales sin consentimiento del titular (primer apartado), apoderamiento, uso o modificación en perjuicio de tercero de datos personales en ficheros electrónicos o informáticos (punto segundo), acceso a programas informáticos vulnerando medidas de seguridad (punto tercero), difusión, revelación o cesión de estos datos o imágenes (punto cuarto), aumento de penas si los autores son personas encargadas de los ficheros o soportes a los que accede (punto quinto), aumento de pena en caso que los datos obtenido afecten a la esfera personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera menor de edad o incapaz (punto sexto), aumento de pena si los fines son lucrativos (punto séptimo), y aumento de pena en el caso de que los actos se cometiesen en el seno de una organización criminal

(punto octavo).

Y todos ellos tenían un denominador común: los comportamientos descritos requerían que los documentos o datos se hubieran obtenido *sin* el consentimiento de su titular. Pero, ¿qué pasaba si los datos o imágenes eran conseguidas con la anuencia del titular, pero después de ello el autor difundía o cedía los datos sin consentimiento del mismo/a? La situación quedaba en un limbo jurídico, y salvo que la difusión de imágenes conllevara la comisión de otro tipo delictivo (piénsese en difusión de imágenes de contenido erótico, podría acompañarse de injurias, amenazas, coacciones, etc.), la conducta de mera difusión quedaba sin penalizar.

El Código Penal, con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, consigue llegar hasta donde no lo había hecho el antiguo artículo 197, respondiendo así a una demanda social que requería de una contestación rápida; con el auge de las redes sociales aumentaban también los casos en los que las imágenes tomadas voluntariamente por las personas quedaban incorporadas a ficheros (muchos de ellos en la *nube*), y salían del avance personal de su propietario/a, el cual, a pesar de haber dado el consentimiento para realizar la imagen concreta o las grabaciones en cuestión, no toleraba la difusión de las mismas.

Hasta entonces, la mera difusión de las imágenes, como no llevara como decíamos, la comisión de otro tipo delictivo, podría perseguirse a instancias de la persona afectada por vía civil, quedando fuera del alcance de la jurisdicción penal.

Tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, estos comportamientos pasan a ser constitutivos de delito, lo cual, como hemos adelantado, nos parece un acierto, toda vez que se estaban cometiendo conductas dignas de reproche penal pero amparadas en la libertad de expresión y comunicación, derechos y libertades estos que no por ser fundamentales son absolutos; en concreto no lo son cuando la expresión o comunicación afecta directamente a la intimidad de otro sujeto, el cual no ha prestado el consentimiento en la difusión de tales actos.

Y en el ámbito de la violencia de género entendemos que este comportamiento

cobra especial importancia, dado el clima de intimidación en el que las imágenes captadas y posteriormente difundidas pueden grabarse o crearse. De ahí que el legislador haya tenido presente esta circunstancia a la hora de valorar las consecuencias penales del tipo.

Por último, señalar la importancia de establecer una buena gestión de prevención frente a la comisión de delitos de esta naturaleza, toda vez que, a consecuencia de la rapidez de las comunicaciones, el gran número de programas que existen para almacenar datos y el origen extrafronterizo de sus ficheros, puede ser verdaderamente difícil recuperar los datos que se han difundido. Es por ello que es necesario, a nuestro entender, hacer hincapié en la necesidad de ser prudente con la incorporación de datos de contenido íntimo en las redes, teniendo en cuenta, además, de la dificultad de penar, a pesar de la existencia del artículo 197.7, la difusión de datos íntimos sin el consentimiento del titular cuando el que los difunde no es el que los ha obtenido con anuencia de su titular si no un sujeto que lo ha recibido. Podremos entonces hablar de la figura del *cooperador*, *receptor*, *autor*, o del error de hecho o de derecho sobre la falta de consentimiento del titular, siendo la prueba practicada en sede de instrucción la que nos dará la solución.

3.2.- Matrimonio Forzado

3.2.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo

El matrimonio forzado viene recogido en el artículo 172 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 1/2015⁹¹, a raíz de las indicaciones establecidas por los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos⁹².

En efecto, la propia Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas⁹³, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que

⁹¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁹² Exposición de Motivos XXVIII de la Ley Orgánica 1/2015..

⁹³ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye

pueden dar lugar a una explotación de personas⁹⁴.

Igualmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ratificada por España⁹⁵, establece en su artículo 16 que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”*.

Por tanto, son las normas europeas e internacionales las que determinan la inclusión del matrimonio forzado entre nuestra legislación penal. Sin embargo, es cierto que los códigos de nuestro país ya hacían alusión, tiempo atrás, a los matrimonios no expresamente consentidos, aunque lo hacían en un sentido distinto al que le dan hoy día⁹⁶.

Como indicábamos al comienzo del epígrafe, el matrimonio forzado se encuentra regulado en el artículo 172 bis, y su contenido es el siguiente:

la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DOUE L, 101/1 a 101/11.

⁹⁴ Esto mismo apuntan PAÍNO RODRÍGUEZ, F. J., “El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas”, Rev. Penal, n.º 37, enero de 2016, p. 17; ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R. (Director), “La reforma del Código Penal. Parte especial I”, Elderecho.com, Lefebvre El Derecho, julio 2015, que expone que *“la justificación de la tipificación se corresponde con la necesaria respuesta que el Código penal tiene que dar ante una forma de esclavitud, ya reconocida en la propia Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 y el art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, reconociendo, eso sí, que es una forma de coacción”*. En el mismo sentido se pronuncia VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., en el preámbulo de *Código penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Atelier libros Jurídicos, Barcelona, 2015, p. 42,

⁹⁵ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

⁹⁶ De esta manera, el Código de 1848 y su refundición de 1850, tras regular el delito de violación, estupro y rapto, preveía, en las disposiciones comunes del artículo 371 que *“En todos los casos del presente artículo el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que lo verifique”*. El Código de 1932 regulaba en el Título X del Libro II *Los delitos contra la honestidad*, diferenciando la violación y los abusos deshonestos, el escándalo público, el estupro u la corrupción de menores y el rapto. En las disposiciones comunes, el artículo 443 condicionaba la extinción de la acción penal al perdón de la parte ofendida, indicando que *El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor*. Por su parte, el Texto de 1963⁹⁶ sigue la estructura y contenido del Código de 1932, requiriendo el perdón de la ofendida para la extinción de la acción penal o ejecución de la pena, entendiéndose que no hay perdón si no con el casamiento

1. *El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.* 2. *La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.* 3. *Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad.*

La tipificación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales han evolucionado a lo largo del periodo de vigencia del Código de 1995. Lo que antes de la entrada en vigor del Código de 1995 se preveía como una circunstancia exonerativa de responsabilidad penal (el matrimonio en los casos de violación, rapto o estupro), integrada en los delitos contra el honor, pasa a no ser tenida en cuenta como causa de extinción de la responsabilidad penal en delitos de esta naturaleza. Además, el Código de 1995 ya no los circunscribe bajo el Título de *Delitos contra el honor*, sino que los contempla como *Delitos contra la libertad sexual*, para posteriormente reconocer que, con la comisión de estos delitos, también se vulneraba la indemnidad sexual de la víctima.

Si atendemos al tenor literal del artículo, no encontramos mención expresa a que el sujeto activo haya de ser el hombre y sujeto pasivo la mujer⁹⁷. Sin embargo, lo cierto es que la víctima más común de este tipo delictivo son las mujeres y niñas⁹⁸.

Y en el momento en que la mujer (o niña) queda unida por este vínculo matrimonial, surge el requisito subjetivo contemplado en la ley 1/2004: que los actos de violencia (coacciones, en este supuesto) sean ejercidos por el que es o haya sido el esposo o pareja de la mujer víctima).

⁹⁷ Sobre este punto, PAÍNO RODRÍGUEZ, F. J., "El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas", *Rev. Penal*, n.º 37, enero de 2016, p. 17 y GUINARTE CABADA, G., "El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del CP)" en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 566.

⁹⁸ Según la ONG Humanium, desde 2005, en los países en desarrollo, más de 65 millones de mujeres de edades entre 20 y 24 años fueron registradas anualmente como casadas antes de cumplir los 18. Más de 30 millones de estas mujeres viven en el sudeste asiático. En Nepal, el 7% de las niñas son casadas antes de cumplir 10 años de edad. Además, cada año 14 millones de chicas de entre 14 y 19 años se casan y son madres como resultado de la presión de sus familias, pese a los riesgos para su salud.

De hecho, la tendencia legislativa es de inclusión como crímenes contra las mujeres, incardinables en materia de violencia de género.

Debemos señalar, no obstante, que la redacción del artículo 172 bis presenta problemas concursales con la presencia de otros delitos de naturaleza patrimonial y personal, en concreto con delitos de agresiones sexuales y de trata, lo que ha ocasionado no pocos enfrentamientos en la doctrina⁹⁹.

3.2.2.-Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género

Entendemos que la incursión de la figura del matrimonio forzado en el Código Penal es un acierto, y más teniendo en cuenta las mencionadas recomendaciones y directivas que ya hacían alusión a esta figura delictiva y a la necesidad de establecer una normativa propia que regulara y penalizara estos comportamientos, que antes podrían tratarse como un delito de coacciones pero en su margen genérico.

IGAREDA GONZÁLEZ identifica el matrimonio forzado como una forma de violencia de género contra las mujeres, ya que aunque admite la posibilidad de que los hombres también sean forzados a contraer matrimonio, considera que lo es en mucha menor cantidad que las mujeres, y que además las consecuencias de negarse a la contracción son iguales para ambos¹⁰⁰.

Desde nuestro punto de vista es acertada la inclusión de este tipo en los delitos

⁹⁹ Así, PAÍNO RODRÍGUEZ, F. J., "El nuevo Código Penal ...", *op. cit.*, p.17, critica la falta de previsión de la relación concursal con los delitos que pudieran concurrir en función del resultado lesivo de la violencia utilizada para compeler a contraer matrimonio, o en su caso, por la consumación del matrimonio, entendiéndose de aplicación las normas del concurso real, integrando el tipo lo que supone el maltrato, la amenaza o la coacción, pero no el resultado lesivo del mismo. En contra, DE LA CUESTA AGUADA, P. M., "El delito de matrimonio forzado" en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 371 y 372. También presenta problemas concursales con el delito de trata de seres humanos. Sobre esto, ver MAQUEDA ABREU, M. L., "El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP" en Álvarez García, F.J (Director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 561.

³⁸ En el mismo sentido, Palma Herrera, José Manuel en "La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo" en V.V.A.A. Estudios sobre el Código Penal reformado, Dir. Morillas Cuevas, Lorenzo, Dykinson S.L., Madrid 2015, p. 400 y 401.

¹⁰⁰ IGAREDA GONZÁLEZ, N., "El problema de los matrimonios forzados como violencia de género", *Oñati Socio-Legal Serie* vol. 5, núm. 2, 2015, p. 613 a 624.

contra la libertad, en concreto de los delitos de coacciones, y ello sobre la base de que, en estos supuestos, la víctima queda constreñida a realizar un acto personalísimo que queda fuera de su libertad personal, la cual se ve mermada por la violencia o intimidación ejercida sobre ella.

Y como delito relacionado con la violencia de género, podemos entender la semejanza que presenta con algunos puntos de este tipo de violencia, toda vez que, como apuntábamos en el desarrollo de la figura delictiva estudiada, la mayoría de las víctimas de estas conductas delictivas son mujeres o niños/as, las cuales quedan sometidas a la voluntad del autor de los hechos, que será el marido (con o sin ayuda/coautoría de terceras personas. Se cumplirán así los parámetros de la Ley 1/2004 para determinar la existencia de un delito de violencia de género, aunque en principio no sea esa propiamente la naturaleza del tipo delictivo¹⁰¹.

3.3.- Violencia de Género y Trata de personas

3.3.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo

Esta figura delictiva podría ser objeto de un análisis pormenorizado propio, por lo que no nos vamos a detener en los detalles de su regulación, no siendo este el objeto de nuestro estudio.

La razón de incluir este tipo delictivo en el apartado de conceptos afines a la

¹⁰¹ Tanto en el caso de matrimonios forzados como en el de tratas, los operadores jurídicos se encuentran valorando la posibilidad de incluir estos tipos delictivos como violencia de género, atendiendo a las exigencias internacionales. Un paso importante ha sido la modificación penal operada por la LO 1/2015, restando por modificar el ámbito procesal. Igualmente, señala MAUGERI, A. M., "El *Stalking* en el Derecho comparado", *op. cit.*, la importancia de la implicación de los agentes europeos en esta materia, indicando que "el Parlamento Europeo ha tomado posición respecto de todas las formas de violencia contra las mujeres, mediante la adopción de numerosas resoluciones y recomendaciones al respecto, en particular, la Resolución 1582 (2002) sobre la violencia doméstica y la Resolución 1327 (2003) sobre los llamados «crímenes de honor»" (con referencia a Resolución 1247 (2001) sobre mutilación genital femenina [Resolution 1247 (2001) on female genital mutilation], Recomendación 1723 (2005) sobre los matrimonios forzados y los matrimonios de niños [Recommendation 1723 (2005) on forced marriages and child marriages], Recomendación 1777 (2007) sobre las agresiones sexuales vinculadas a drogas [Recommendation 1777 (2007) on sexual assaults linked to «date-rape drugs»], Resolución 1654 (2009) sobre feminicidios [Resolution 1654 (2009) on Femicides] y la Resolución 1691 (2009) sobre la violación de mujeres, incluida la violación marital [Resolution 1691 (2009) on rape of women, including marital rape]).

violencia de género radica, principalmente, en la necesidad de reconocer que el sujeto pasivo de esta práctica delictiva tan extendida a nivel mundial suelen ser, en la mayoría de los casos, mujeres y niños/as¹⁰².

Es por ello por lo que existen corrientes doctrinales que apuntan a la necesidad de incluir este tipo delictivo entre los delitos propios de violencia de género, que, estamos observando, conllevan el reconocimiento de un *status* y unos derechos propios que facilitan la persecución, tratamiento y represión de esta lacra delictiva.

Concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico el delito de trata fue introducido mediante Ley Orgánica 5/2010¹⁰³, en concreto a través de la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada¹⁰⁴.

3.3.2.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género

De la misma manera que sucede con el matrimonio forzado, la razón de incluir el delito de trata de personas en el Código Penal radica en la necesidad de adaptar y trasponer las directivas europeas y las decisiones marco, en las que España figura como miembro, así como en los convenios y pactos internacionales ratificados por España, a los que hemos aludido en los párrafos anteriores.

La razón de incluir esta figura delictiva en el apartado de figuras afines a la violencia de género estriba, principalmente, en la constatación de que el sujeto pasivo de esta

¹⁰² Informe Mundial sobre la Trata de personas, realizado por la UNODC. 2014. Establece dicho informe que la forma de explotación más común (53%) es la de carácter sexual. Se aprecia un ligero descenso en el porcentaje de mujer víctimas de este tipo de delito (del 74% en 2004 al 49% en 2012) frente a un aumento considerable de la explotación de niñas (del 10% en ese mismo periodo). Indica el informe que las mujeres y niñas representan la gran mayoría de las víctimas en los casos de trata con fines de explotación sexual.

¹⁰³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

¹⁰⁴ *Ibid.*, Exposición de Motivos XII.

práctica delictiva tan extendida a nivel mundial suelen ser, en la mayoría de los casos, mujeres y niños/as¹⁰⁵.

No nos encontramos ante un tipo delictivo propio de violencia de género. Tampoco ante un tipo que cumpla los requisitos subjetivos de delito de violencia de género, ya que el sujeto activo no será siempre el esposo, pareja o expareja de la mujer víctima (lo que sí sucede en el caso del matrimonio forzado, salvo excepciones).

Precisamente, en el caso del matrimonio forzado, la relación con la violencia de género surge en el momento en que el hombre contrae matrimonio con la mujer, toda vez que entonces queda cumplido el elemento personal que era requerido para que pudiéramos hablar de este tipo de violencia. En el caso de la explotación puede presentarse en sentido inverso: cuando el cónyuge o pareja, presente o pasada, aprovecha la relación de intimidad que mantiene o ha mantenido con la víctima para lograr su propósito: someterla a la trata.

Entendemos que la inclusión de esta figura delictiva en este apartado del trabajo supone el reconocimiento de la explotación y trata de las mujeres, las cuales figuran como un colectivo en peligro en determinados contextos¹⁰⁶. Se hace necesaria la configuración de un *status* que, como hemos advertido anteriormente, garantice la persecución y la erradicación de estos comportamientos delictivos¹⁰⁷. De hecho, la Comunidad Internacional está prestando atención a este problema y prueba de ello es el aumento del número de ratificaciones de los países firmantes del Protocolo de Palermo, que de ser 80

¹⁰⁵ Informe de la ONODC de 2014, *op. cit.* Dicho informe reconoce distintos tipos de trata, siendo el que ostenta mayor porcentaje la explotación sexual, donde la mayoría de las víctimas son mujeres y niñas. En los trabajos forzados existe un mayor equilibrio en cuanto al sexo de las víctimas, salvo en Asia Meridional, Asia Oriental y el Pacífico, donde las mujeres suponen el 77% de víctimas de trabajos forzados. En términos generales, la proporción de niños y niñas explotadas varía entre un 18% (en Europa y Asia Central) y un 62% (en África y Oriente Medio).

¹⁰⁶ Ver GUTIÉRREZ GARCÍA, A. / DELGADO ÁLVAREZ, C., "Vulnerabilidad en mujeres prostituidas: medidas de protección legal", *Revista Oñati Socio-Legal Series*, vol. 5, nº 2, 205, pp. 570-595.

¹⁰⁷ Establece ORBEGOZO, I., 2015. "La Víctima de Trata Sexual y su Des-protección en la Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004", *Oñati Socio-legal Series* (online), 5 (2), pp. 630, que "El hecho de que la mayoría de las víctimas son mujeres reside en la discriminación por razones de género o de etnia presentes en la trata. El sexo, la edad y la raza, así como el aislamiento del trabajo en hoteles, domicilios o prostíbulos vinculados a ciertos barrios son causas importantes de la explotación sexual de las mujeres (Citando a la OIT 2005)". Esta misma autora advierte que en términos mundiales dos de cada 1000 personas son víctimas de trata; la relación aumenta en Asia y el Pacífico, 3 por cada 1000.

signatarios en el año 2000 ha aumentado a 159 en 2014¹⁰⁸.

3.4.- Violencia de género y Odio y Discriminación

3.4.1.- Análisis conceptual del tipo delictivo

A lo largo de estas páginas hemos pretendido plasmar la respuesta penal del nuevo Código ante la violencia contra la mujer, en supuestos que *a priori* pueden no estar pensados para este cometido (o *sólo* para éste).

Mencionamos ahora dos figuras que, si bien no pueden ubicarse dentro de la violencia de género como tal, traen causa directa de ella y/o mantienen una estrecha vinculación, cuando vienen motivados por el desprecio al género femenino o concentran toda su virulencia sobre la mujer, por considerarla un elemento clave del grupo social o etnia que sufre el ataque (también y principalmente) a través de ella y de su exclusiva capacidad biológica de engendrar nuevos integrantes del grupo.

Nos referimos al denominado delito de odio (510 del Código Penal) y al delito de lesa humanidad (607 bis del Código Penal). Estos artículos han sido reformados en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, obedeciendo a la necesidad de responder a exigencias internacionales, como es, en el presente caso, la urgencia de la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal¹⁰⁹.

En el primero de ellos se castiga a quienes *públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología,*

¹⁰⁸ Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir u Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, hecho en Palermo, el 25 de diciembre de 2000, ratificado por España el 25 de noviembre de 2003 (BOE de 11 de diciembre de 2003). Es destacable el aumento de ratificaciones de parte de los países de destino como por ejemplo China e Irlanda. Sin embargo, ORBEGOZO, I., *ibid.*, p. 630, destaca, según el Informe Trafficking in persons (TIP) 2010 Report, (Departamento de los Estados Unidos 2010), de los 62 países que han ratificado el Protocolo todavía no se ha dado ninguna sentencia condenatoria de traficante y en 104 países no existen políticas ni legislación para prevenir la deportación de las víctimas (Estados Unidos, Departamento de Estado 2010).

¹⁰⁹ Ley Orgánica 1/2015, *op. cit.*, Exposición de Motivos I.

religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Recuerda RUBIO CASTRO que la definición jurídica de discriminación y los deberes que la CEDAW impone a los estados, respecto a su erradicación¹¹⁰. La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La Convención se aplica a la violencia perpetrada por las autoridades públicas. Esos actos “pueden constituir una violación de las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional sobre derechos humanos u otros convenios, además de violar la Convención”. Esto supone reconocer que se puede discriminar cuando debiendo aplicar el enfoque de género, tal y como exige el Comité de la CEDAW en las recomendaciones generales citadas, éste se ignora.

Cuando España ratifica la CEDAW¹¹¹, se asume la responsabilidad a nivel nacional e internacional de garantizar los derechos de las mujeres sobre una base de igualdad con respecto a los hombres y de otorgar, mediante los tribunales nacionales, una protección efectiva a las mujeres contra todo acto de discriminación¹¹². El valor normativo de este texto, desde el punto de vista de la justicia universal, es central. Para dar cuenta de su

¹¹⁰ RUBIO CASTRO, *op. cit.*, p.16, citando “La violencia contra la mujer”, Recomendación general de 19 del CEDAW de 29 de enero de 1992.

¹¹¹ Ratificación de 16 de diciembre de 1983. Referencia: BOE-A-1984-6749 Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999. Publicado en: «BOE» núm. 190, de 9 de agosto de 2001, páginas 29707 a 29710.

¹¹² RUBIO CASTRO, A., *op. cit.*, p.17. Dicha autora expone que estos avances emblemáticos marcan pautas en la práctica jurídica que aun siendo todavía insuficientes, son fuertes indicadores de cómo ha cambiado la situación. La emisión de sentencias judiciales sensitivas al género es un indicador que refleja el nivel de compromiso y de voluntad de las instituciones públicas respecto al acceso de las mujeres a la justicia y, más ampliamente, a sus derechos humanos en igualdad. Para lograr este panorama, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres - CLADEM, propuso como objetivo principal “la realización de un balance regional de sentencias con perspectiva o enfoque de género que formen jurisprudencia genero sensitiva para establecer la línea de avance regional en este tema durante los últimos cinco años”.

relevancia basta decir que 187 países lo han ratificaron, y no lo hicieron solo seis: Estados Unidos, Irán, Palaos, Somalia, Sudán, Sudán del Sur y Tonga.

La fundamentación última de la responsabilidad de legislar sobre esta materia deriva del hecho de considerar el concepto de igualdad como un derecho humano compuesto por distintos elementos: la igualdad como igualdad sustantiva o de resultados, la igualdad como discriminación y la igualdad como responsabilidad estatal.

En lo que respecta a la conducta típica siendo la mujer sujeto pasivo, debemos señalar que el Código Penal la protege –también aquí– cuando sufra discriminación por su sexo o género o cualquier otra característica de las enumeradas, en el contexto específico de este delito y siempre que concurran el resto de exigencias típicas del artículo 510 Código Penal.

Otro tanto cabe hacer con el artículo 607 bis del Código. Este precepto identifica una serie de conductas como delitos de lesa humanidad, siempre que tales comportamientos *formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella*. De nuevo, estamos ante una figura que tendrá, las más de las veces, al colectivo de las mujeres como víctimas propicias, aunque no sean las únicas. Y podrán serlo por su simple pertenencia al grupo social que sea objeto de persecución, por su género y/o por su capacidad reproductora¹¹³.

Esa capacidad de asegurar el futuro biológico del grupo social que representa le sitúa en el centro de los ataques de quienes quieren acabar, precisamente, con ese grupo. La terrorífica técnica de matar a las mujeres para evitar nuevos nacimientos o la de violarlas de forma organizada y sistemática por los grupos rivales para ‘desvirtuar’ la ‘pureza’ étnica que representan ha sido utilizada en numerosas ocasiones como muestra la historia y también los actuales conflictos bélicos en algunas zonas del mundo. Tan es así, que el propio artículo 607 bis dedica su apartado 5º para castigar a quienes forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la

¹¹³ A modo de ejemplo, el caso de la violación masiva, a más de 200 mujeres y niñas, que tuvo lugar en Thabit, Sudán, del 30 al 31 de octubre de 2014, en medio de un ataque generalizado intertribal y entre las comunidades de dicha región (Fuente: www.un.org).

población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

En definitiva, atroces formas de atacar a la mujer por lo que representa y por lo que es.

3.4.2.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género

Los delitos de odio y discriminación se conforman a partir de conductas heterogéneas, de diverso origen y naturaleza. Uno de esos comportamientos lo comprende la violencia ejercida sobre las mujeres por el hecho de serlo, por lo que la incidencia de los tipos antes referidos en la violencia contra las mujeres se encuentra presente.

Cierto es que, junto a la consideración de la mujer como víctima en estos delitos, confluyen colectivos igualmente necesitados de protección, por lo que la relación de los tipos delictivos estudiados en este apartado y la violencia de género no será tan clara como en otros supuestos, lo que no implica, en absoluto, que no sea oportuno valorar este caso y ponerlo en relación con la violencia de género, aunque esta relación sea expuesta desde una perspectiva más amplia que en los supuestos anteriores.

Sin embargo, si atendemos a las normas internacionales, observamos que la CEDH, en el caso *Opuz v. Turkey* desveló las conexiones existentes entre la discriminación y la violencia contra las mujeres, y señaló que la violencia de género constituye una forma de discriminación, por cuanto afecta básicamente al género femenino, el que no está legalmente protegido en los mismos términos que los hombres¹¹⁴.

Asimismo, respecto de la definición de violencia contra de mujeres, dicha Convención aclara que debe interpretársela como una forma de discriminación, señalando igualmente que debe apreciársela como una violación a los derechos humanos, ya que representa, ante todo, un atropello del derecho de toda persona a vivir libre de la violencia tanto en la esfera pública como privada; definición que, por lo demás, está en línea con los propósitos de la Convención señalados en el artículo 1 (b¹¹⁵).

¹¹⁴ CEDH, *Opuz v. Turkey*, 9 de junio (9 de septiembre) 2009, no. 33401/02, § 153.

¹¹⁵ Artículo 4 del Convenio entiende la “violencia contra la mujer” como “una violación de los derechos

La Decisión Marco 2008/913/JAI contribuye a facilitar una evolución favorable en los derechos de la mujer y en la lucha contra la violencia de género, que aun no reconociendo como tal estos delitos, sí reconoce un ámbito de protección a la mujer específico en este ámbito delictivo, del que era desprovista en regulaciones anteriores.

3.5.- Estudio de la figura del quebrantamiento y su evolución legislativa

3.5.1.- Evolución legislativa

El Código Penal dedica un capítulo a detallar el delito de quebrantamiento, -- concretamente el Capítulo VIII del Título XX del Libro II--, sin perjuicio de otras alusiones que realiza a lo largo de sus articulado y que inciden en aspectos penales colaterales al propio delito, como son las agravantes, modificación de penas, ampliación de medidas o resolución sobre suspensión o sustitución de penas¹¹⁶.

3.5.1.1.- Redacción original del Código Penal de 1995

La redacción inicial de este artículo no hacía distinción entre delitos comunes, de violencia de género o los referentes a la manipulación de dispositivos electrónicos (nos encontramos en 1995, el reconocimiento legal de la violencia de género como bien jurídico con naturaleza propia aún no se ha alcanzado, y los dispositivos electrónicos no funcionan con la misma operatividad que hoy en día); más bien al contrario, la redacción original del artículo aunaba distintas situaciones en las que se entendía cometido dicho delito en un sólo apartado¹¹⁷.

humanos y una forma de discriminación en contra de las mujeres y puede *comprender todo acto de violencia basada en el género que se concrete en o que produzca como resultado sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico contra las mujeres, incluidos los actos de coerción o privación arbitraria de la libertad, tanto en la esfera pública como en la vida privada*".

¹¹⁶ Ley Orgánica del Código Penal 10/1995, *op. cit.*, artículo 100 sobre sustitución en casos de internamiento, artículo 134 sobre prescripción, o artículo 153.3, 171.5, 172.2 y 173.2 sobre agravación de la pena en caso de quebrantamiento en lesiones o maltrato, amenazas, coacciones y contra la integridad moral, respectivamente.

¹¹⁷ Sobre este tema, ver, entre otros, GARCÍA GONZÁLEZ, J., "Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar en el ámbito de la violencia de género: incumplimiento de las órdenes de protección con el consentimiento de la víctima", en ABRIL STOFFELS, R. M., / URIBE OTALORA, A. (Coordinadoras), *Mujer,*

De esta manera, el artículo 468 del Código Penal en su configuración de 1995 entendía que *Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos*, castigando las fugas de presos o sentenciados, las conductas y participación de particulares en la evasión de condenados, presos o detenidos y la condición de funcionario público para el articulado del resto del capítulo¹¹⁸, los cuales, por cierto, han venido manteniéndose en su texto original hasta el día de hoy.

Nos centramos en el primero de los artículos del capítulo XII debido a que éste será la base sobre la que se asentarán los principios de quebrantamiento en el ámbito de violencia de género, dicho con mayor propiedad, se asentarán las bases de castigo para los sujetos que incumplan medida, pena o prohibición expuesta en un delito perteneciente al ámbito de violencia de género, es decir, que traiga causa de éste.

3.5.1.2.- Redacción conforme a la Ley 15/2003

La ley 15/2003¹¹⁹ en su artículo Único. 147 modifica el artículo 468 del Código Penal. A primera vista el artículo parece dar a entender que lo pretendido por dicha reforma es diferenciar dos supuestos que ya venían contemplados en la redacción anterior, aunque lo hacían de manera separada; así, la Ley 15/2003, a través del cambio que contempla, lleva a diferenciar dentro del mismo artículo 468 dos supuestos que ya se venían recogiendo, pero aquí lo hace en párrafos distintos; por un lado, la primera parte del artículo 468 queda reservada para el quebrantamiento de condena, medida de

Derecho y Sociedad en el S. XXI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 335-36; MARTÍNEZ MOLLAR, R., "Quebrantamiento de condena o medida", Artículos Doctrinales del Derecho Penal, 2009. <http://noticias.juridicas.com/>; HURTADO MULLOR, M. J., "Quebrantamiento de pena y/o medida de seguridad realizada por un adolescente", en GARCÍA GONZÁLEZ, J., (Director), *La violencia de género en la adolescencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 353-385.

¹¹⁸ *Ibid.*, artículo 469 a 471.

¹¹⁹ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia en los casos en que existiera privación de libertad. Incorpora esta reforma un segundo apartado, en el que constan los quebrantamientos en los “demás supuestos” (recordamos que en la redacción anterior, el artículo terminaba con “(...), y con multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos (...”).

Parece, como decíamos, que la modificación pretende únicamente separar, dejar clara la diferencia, entre los quebrantamientos existentes en casos de privación de libertad y en los que existen medidas o penas de otra naturaleza.

Sin embargo, si examinamos el artículo más en profundidad, no existe duda que la tan citada modificación operada por la reforma de la ley 15/2003 contempla ya la previsión de penas o medias que afecten a delitos de naturaleza doméstica, familiar, y aunque el término *violencia de género* aún no ha sido acuñado formalmente, lo cierto es que las modificaciones legales abren ya la puerta a este cambio legislativo sustancial que vería la luz poco tiempo más tarde.

Y lo que decimos no es gratuito, pues el artículo 468, en su redacción conforme a la ley 15/2003, ya anuncia, cuando se refiere a los “demás supuestos”, una salvedad: “*que se quebranten las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código*¹²⁰”, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días, especificando así medidas a adoptar en el seno de actuaciones ilícitas en los que entre las víctimas y el agresor existan lazos de familiaridad o cercanía emocional. Con esta solución legislativa se pretende dar una respuesta jurídica eficaz al problema social de la violencia doméstica, y esta modificación es un ejemplo más de la conciencia que existe al respecto.

3.5.1.3.- Redacción conforme a la Ley 1/2004

El legislador continúa el camino emprendido con la Ley 15/2003; así, el artículo 40

¹²⁰ Del artículo 57.2 a su vez remite al 48.2 Código Penal, que viene referido a la prohibición de aproximación a la víctima, o a sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren así como acercarse a su domicilio, lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, reconociendo igualmente un suspenso en el régimen de visitas hacia los menores a él vinculados.

de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre reforma de nuevo el artículo 468 del Código Penal. Parece que el legislador de 2004 no veía tan mal como el de 2003 la redacción original del artículo, e introduce dos modificaciones sustanciales en él; la primera, es la vuelta a la redacción original del artículo 468, tal y como se redactó para el código de 1995, quedando de esta manera regulado en el mismo apartado los quebrantamientos dados en condiciones privativas de libertad y en los demás supuestos.

Sin embargo (y aquí radica la originalidad del legislador de 2004), introduce un novedoso apartado segundo al artículo 468, exponiendo que *Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.*

El legislador detalla y perfecciona lo establecido en la Ley 15/2003, y así como el legislador de 2003 protege los actos de violencia familiar de manera indirecta, remitiendo en su articulado al número 57.2 y éste al 48, el legislador de 2004 mira al problema de frente, impone *en todo caso* pena de prisión para los quebrantamientos que afecten a las penas contempladas en el artículo 48 (a todas las contempladas en el mismo, no únicamente a la prohibición deambulatoria del apartado segundo, a la que remitía la redacción anterior del artículo 468), e incluye, además de las previstas en este artículo 48, medidas de la misma naturaleza, cuando las personas afectadas sean las contempladas en el artículo 173.2¹²¹.

3.5.1.4.- Novedades que presenta la Ley Orgánica 5/2010

La reforma del Código Penal de junio de 2010¹²² no reforma propiamente el

¹²¹ El artículo se refiere a *“quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”*.

¹²² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

artículo, pero sí añade a su segundo apartado un último inciso. Dispone que se impondrá igualmente la pena de prisión a los que *quebrantaren la medida de libertad vigilada*, introduciendo la ley este nuevo término como medida de seguridad, que debe ser aplicada por el Juez y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que persigue toda la reforma¹²³.

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada – explica la Exposición de Motivos de la Ley- es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa, como es el caso de los delitos constitutivos de violencia de género, sin que quepa el establecimiento de esta medida como alternativa a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual.

3.5.2.-Redacción tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015. Especial incidencia en la incorporación en el tipo delictivo de quebrantamiento de la manipulación de dispositivos electrónicos

La última reforma operada a este artículo se consolida en virtud de la Ley Orgánica

¹²³ Sobre este tema, ver GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar en el ámbito de la violencia de género: incumplimiento de las órdenes de protección con el consentimiento de la víctima”, en ABRIL STOFFELS, R. M. / URIBE OTALORA, A., (Coordinadoras), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 335-368.

1/2015¹²⁴, por la que se añade un tercer apartado al artículo 468.

Este nuevo apartado viene referido a la manipulación de dispositivos electrónicos, esto es, de las llamadas comúnmente *pulseras*, mecanismos de control destinados a garantizar el cumplimiento de las medidas o penas de alejamiento de agresor hacia víctima. La inclusión de este nuevo apartado es la respuesta a un problema planteado en la práctica de los juzgados en general, y de los de violencia de género en particular. Dichos juzgados, teniendo a su disposición el uso de mecanismos telemáticos o electrónicos de control, se encontraban con el obstáculo de determinar la naturaleza de actos tendentes a la manipulación o inutilización de los mismos.

La postura sobre las consecuencias jurídicas de dicha manipulación oscilaba entre considerar estas conductas como delitos de quebrantamiento o de desobediencia a la autoridad. Esto último explicado desde el punto de vista que, dictada una orden judicial y requerido de cumplimiento la misma (esto es, de la colocación de dicho instrumento y de deber de uso del mismos en las condiciones exigidas) el investigado o condenado, que procediese a la manipulación o inutilización de la terminal estaría cometiendo un delito de desobediencia a una orden dictada por el/la juez, debiendo asumir las consecuencias.

En todo caso, era ésta una cuestión discutida, y en la práctica cada juzgado reprendía esta conducta según razonamientos basados en derecho pero que podían tener distintas fuentes jurídicas y por tanto distintas consecuencias.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 termina con esta disyuntiva, y así la Exposición de Motivos de dicha ley reconoce que se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del investigado o penado tendentes a hacer ineficaces los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género. A esto mismo alude la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer.

¹²⁴ Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *op. cit.*, artículo único. Doscientos treinta y tres.

Por ello, la Ley 1/2015 considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos¹²⁵, y prueba de ello es lo recogido en el nuevo artículo 468.3 del Código Penal, el cual advierte que *Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses*¹²⁶.

Como veíamos, lo dispuesto en este artículo es claro y pretende dar solución lo referido anteriormente. Sin embargo, al estudiar la redacción literal de este artículo, y centrándonos en materia de violencia de género (ya que, recordemos, esta medida no es exclusiva de violencia de género, si no que puede ser impuesta en cumplimiento de medidas o penas de diversa naturaleza), se nos plantea la siguiente cuestión: ¿la calificación de quebrantamiento que se aduce en el apartado tercero será imputable únicamente a los hombres investigados o condenados (o investigados o condenados en general, si no se trata de un delito propio de violencia de género), o podrá imputarse este delito también a la mujer víctima de violencia que no use debidamente dicho dispositivo o lo manipule?

Antes de dar respuesta a esta pregunta, debemos especificar que los mecanismos telemáticos o electrónicos de control constan de dos piezas: una de ellas se coloca a modo de brazalete o pulsera en el cuerpo del investigado (generalmente en la pierna), mientras que la segunda pieza se facilita a la víctima. Ambos aparatos se configuran por expertos en la materia, los cuales instruyen a cada una de las partes de las normas de funcionamiento del objeto en cuestión. Así como las que investigado se coloca de manera fija en su cuerpo, el dispositivo que porta la víctima suele ser un dispositivo móvil que

¹²⁵ Ley Orgánica 1/2015, *op. cit.*, Exposición de Motivos XII.

¹²⁶ *Ibid.*, Artículo Único, Doscientos treinta y tres.

debe llevar junto a ella, a fin de garantizar que el sistema capte la distancia entre ambos aparatos, lo que se traduce en el aseguramiento del control sobre el cumplimiento de la media o pena impuesta.

Es claro que el investigado o condenado tiene prohibido manipular o inutilizar estos mecanismos, y el hacerlo supondría una conducta prevista y penada en el artículo 468.3, pero, dicho esto, repetimos la cuestión planteada: ¿qué pasaría si es la víctima la que, contraviniendo las normas prescritas por el profesional y ordenado su cumplimiento por el juez, inutiliza o manipula dicho elemento?

La cuestión mencionada no es de fácil solución, y debemos diferenciar, en consecuencia, la posición del investigado o condenado de la posición de la víctima.

Posición del investigado o condenado.- Debemos partir de la base que el obligado a cumplir la pena o medida de alejamiento es el investigado o condenado, no la víctima. Y es él el que es requerido para el cumplimiento de la media o pena, en los términos expuestos por el juez y respetando los medios que éste ha decidido poner para garantizar dicho cumplimiento. Es por ello que en caso de acercarse a menos de la distancia marcada por el auto o sentencia de la autoridad judicial, y fijada en los dispositivos de control, el requerido estará cometiendo un delito de quebrantamiento, penado y previsto en el artículo 468.2, pudiendo concurrir un concurso medial o real con el apartado tercero, dependiendo si además manipula el dispositivo y luego se aproxima, o si lo manipula para evitar que el acercamiento quede registrado.

De esta forma, en caso de que, colocado este dispositivo, el investigado o condenado se acerque a la víctima a menos distancia de la fijada en dispositivo, sin manipulación ninguna, estaríamos una conducta prevista y penada en el artículo 468.2, donde las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrían conocimiento en tiempo real del acercamiento del investigado o condenado a menos distancia de la fijada, pudiendo actuar de forma inmediata contra este delito.

Sin embargo, en el supuesto de que el investigado o condenado destruya o manipule el artefacto, perturbando su normal funcionamiento, y de manera independiente a esta voluntad se aproxime a la víctima a menos distancia de la fijada (por ejemplo, si el investigado o condenado no pretende deshabilitar la señal de aproximación,

sino dañarlo, y posteriormente se acerca a la víctima incumpliendo así la orden dada por el juez), nos encontraríamos ante un concurso real entre un delito de quebrantamiento del artículo 468.2 y un delito previsto y penado en el apartado tercero de este artículo.

Es necesario señalar que el artículo 468.3 no requiere, para la comisión de este tipo delictivo, que el investigado haya conseguido inutilizar el aparato, y prueba de ello es la enumeración de conductas típicas a las que le aplica la misma pena en abstracto:

- i) la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de estos dispositivos,
- ii) el no llevarlos consigo, y
- iii) el omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.

Vemos cada una de las conductas desde la postura del investigado o condenado.

i) *Inutilización o perturbación del funcionamiento normal de estos dispositivos.*- La razón para penar la primera causa está clara y obedece al razonamiento que venimos dando, y que trae su razón de ser en la realización de esta conducta para facilitar la comisión del delito descrito en el apartado segundo, esto es, el de aproximarse a la víctima incumpliendo lo ordenado por el juez.

ii) *No llevar consigo el dispositivo.*- La descripción de esta conducta viene referida, fundamentalmente, a la mujer víctima de violencia de género (a la víctima como sujeto general, si no nos encontramos ante un delito de violencia de género), por lo que ahora nos referiremos a este apartado. Y no se puede dar en el investigado, decíamos, porque éste lleva el dispositivo *sujeto* a alguna parte de su cuerpo, por lo que es materialmente imposible que no lo lleve consigo, salvo que se ampute el miembro donde lo lleva puesto¹²⁷.

iii) *Omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.*- Es interesante resaltar que, *a priori*, la misma no obedece a ninguna

¹²⁷ El dispositivo que lleva el investigado o condenado es una pulsera que se cierra con una correa y una hebilla alrededor del tobillo. La pulsera únicamente puede abrirse por rotura (o de la correa o de la hebilla), por lo que, en caso de que estos sucediera nos encontraríamos ante el supuesto previsto en el primer apartado del artículo 468.3. Además, si el sometido a tal medida forzara la hebilla o la correa a fin de quitarse la pulsera, se dispararía un aviso a la Central, a fin de poder actuar inmediatamente.

razón jurídica relacionada con el delito de quebrantamiento o con la facilitación del quebrantamiento previsto en el apartado segundo, pues el *omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento* (el del dispositivo), no conlleva, *per se*, que los daños producidos al dispositivo puedan quedar inutilizados; podría tratarse, por ejemplo, de una conducta consistente en cortar la cinta sobrante de la pulsera, en rallarla o causar daños a algún piloto de luz.

No se entiende, ni la Exposición de Motivos lo aclara, la inclusión del último inciso del artículo 468.3, referido a los daños causados en el dispositivo. Y es que esta conducta ya tiene una previsión delictiva y penológica general, no existiendo razón para castigar específicamente este comportamiento por lo siguiente: dicha conducta encuentra subsumida en el delito de daños, previsto y penado en los artículos 263 y siguientes de Código Penal, entendiéndose que no es necesaria una regulación específica de esta naturaleza, por cuanto:

a) Si los daños causados al dispositivo no alteran su normal funcionamiento, el delito podría perseguirse por las vías antes mencionadas del artículo 263 y siguientes del Código Penal, y

b) Si los daños causados perturban el normal funcionamiento nos encontraríamos ante el primer supuesto del apartado tercero, esto es, la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de estos dispositivos, por lo que la conducta podría ser castigada con arreglo al primer inciso, pudiendo existir un concurso medial entre el artículo 468.3 primer supuesto y el delito de daños del artículo 263, o bien ante un delito previsto y penado en el artículo 268.3 primer inciso, con responsabilidad civil correspondiente por los daños causados, si no se demuestra dolo en esta conducta (circunstancia poco probable, pero jurídicamente posible).

Independientemente de las observaciones aquí realizadas, no podemos sino concluir que la dicotomía entre delito de quebrantamiento o desobediencia en caso de manipulación, daño o perturbación de dispositivo telemático decae, pues en cualquier caso nos encontraremos con una conducta prevista y penada en el apartado tercero del artículo 468 del Código Penal, al cual acudiríamos en el supuesto de darse una conducta

típica como tal. Terminaremos así con el problema de la posible imputación de un delito de desobediencia a la autoridad, ya que, prevista una conducta como delito, ante la comisión de ésta, acudiremos a la norma penal específica. Todo ello en virtud de las normas fijadas en el artículo 8 del Código Penal.

Posición de la víctima.- La postura de la víctima en la descripción de estos comportamientos es distinta al que tiene el obligado a cumplir la medida o pena de alejamiento; y es que sobre ella no recae una orden expresa de prohibición de ambulatoria. Sin embargo, la efectividad de la medida de colocación y uso del dispositivo telemático sí necesita una colaboración activa por parte de la víctima, pues, como señalábamos anteriormente, al colocar el dispositivo el aparato queda unido de manera inseparable al cuerpo del investigado o condenado, mientras que a la víctima se le facilita un dispositivo móvil que ha de llevar consigo.

Y de la misma manera que al investigado o condenado se le explica el funcionamiento de dicha media y las normas de mantenimiento y uso del mismo, así como de las consecuencias de no atenerse a tales normas, a la víctima igualmente se le expone el mecanismo de acción del dispositivo que llevará consigo, así como las normas de uso y de mantenimiento.

Anteriormente a esta reforma los jueces, fiscales, letrados y resto de operadores jurídicos tenían serias dudas sobre cómo afrontar el problema de la falta de cuidado por parte de la víctima de este dispositivo una vez colocado, particularmente en los casos en que de manera voluntaria la víctima deja desatendido el dispositivo, o no lo lleva consigo, a fin de facilitar el contacto con el investigado o condenado sobre el que pesa la orden de alejamiento, contraviniendo por tanto lo dispuesto por resolución judicial.

No nos vamos a detener en este apartado en el estudio de la conducta del investigado o condenado que (recordemos) es sobre quien pesa la orden de prohibición de ambulatoria, pues sobre ella no existe tal mandato, sino que vamos a atender al comportamiento objetivo de la víctima.

Examinamos los tres supuesto del apartado tercero del artículo 468 del Código

Penal:

i) *Inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares.*- La mujer puede configurarse como sujeto activo de la misma, ya que, como hemos apuntado anteriormente, la mujer es poseedora de un aparato de localización, que garantiza el buen funcionamiento y la efectividad de la medida, por lo que la manipulación que implicara una perturbación en el funcionamiento del sistema, conllevaría la comisión del delito previsto penado en este inciso. Y ello lo entendemos así a pesar de que, en una primera lectura, pudiera pensarse que únicamente puede ser considerado sujeto activo de la misma el investigado, toda vez que el apartado tercero se refiere a la inutilización o perturbación del dispositivo que se haya colocado a fin de *controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares* y, seamos claros, quien tiene a su espalda la condena o medida es el investigado y no la víctima.

Sin embargo, en una lectura más detallada, debemos advertir que el artículo describe la inutilización o perturbación del mecanismo que, sí, haya sido colocado para controlar las penas o medidas, pero **no indica que haya ser el sujeto activo el que soporta las penas**, pues realiza una alegación genérica (*“Los que inutilicen o perturben (...) dispuestos para controlar el cumplimiento”*). De lo expuesto podemos deducir que éste no sería un delito imputable únicamente al obligado a cumplir penas, sino a cualquier sujeto que, siendo capaz, realice la conducta típica de manipular o perturbar el dispositivo, pudiendo, en consecuencia, ser el propio investigado o condenado (ya analizado), pero también la víctima con su aparato, o incluso un tercero que sea el que manipule o perturbe el dispositivo de cualquiera de los dos¹²⁸.

¹²⁸ Se trata de una cuestión que no se encuentra, a día de hoy, clarificada. Dada la escasa vigencia temporal del apartado aquí estudiado, carecemos de estadísticas sobre la posición de las Audiencias Provinciales sobre los sujetos activos capaces de realizar tal acción. Los juzgados de instrucción varían sus criterios sobre la competencia en esta materia, entendiéndolos algunos que la misma será de los juzgados de Violencia contra la Mujer, en función de los criterios competenciales dictados por la Ley Orgánica 7/2015, mientras que otros afirman que, no tratándose de casos que impliquen necesariamente un quebrantamiento de pena o medida de alejamiento, la competencia de estas incidencias será atribuida al juzgado de instrucción que corresponda por normas de reparto. Los que apoyan este criterio recuerdan también que el delito de quebrantamiento se encuentra ubicado en el Título XX, referido a los Delitos contra la Administración de Justicia, por lo que el bien jurídico afectado será el buen funcionamiento de la misma y la obediencia a una orden judicial,

Por todo lo anterior debemos concluir que efectivamente este inciso es aplicable igualmente tanto al agresor como a la víctima o un tercero que realice la conducta típica.

ii) No llevar consigo el dispositivo.- Respecto a este segundo inciso, como adelantábamos al estudiar la postura del investigado o condenado, podemos señalar que se trata de una conducta típica imputable a la mujer víctima o en su caso a terceros que puedan colaborar o realizar ellos mismos dicha conducta (por ejemplo sustrayéndole el dispositivo, o cambiándolo por otro semejante pero inútil, a fin de lograr el objetivo descrito en el apartado tercero). Al no llevar el dispositivo con ella, el sistema de localización pierde eficacia, toda vez que la distancia que se valorará será la que medie entre el dispositivo del investigado o condenado (que lo lleva irremediablemente con él), y el lugar en el que esté el dispositivo de la mujer, pero no el lugar en que la misma se encuentre. De esta manera la eficacia del sistema, como decimos, decae, y lo hace en perjuicio de la seguridad e integridad de la mujer, que es el bien jurídico a proteger con esta medida, ya sea porque de manera voluntaria la mujer ha decidido no llevarlo consigo, o porque de manera dolosa terceros han conseguido que no lo lleve con ella.

iii) Omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.- El tercer inciso es aplicable de igual manera al investigado o condenado que a la mujer (o a un tercero, en su caso), remitiéndonos a lo puesto de manifiesto en el apartado anterior.

3.5.3.- Relación del tipo delictivo con la Violencia de Género

Analizada la evolución legislativa del artículo 468 del Código Penal bien pudiera pensarse que tanto el legislador como los intérpretes del derecho pretendieran relacionar íntimamente los delitos constitutivos de violencia de género con el delito de quebrantamiento; de hecho, el apartado segundo, referido directamente al

independientemente de quién realice dicha actuación delictiva.

quebrantamiento de penas, medidas cautelares o de seguridad cuando la víctima es una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, ha dado lugar a diversas sentencias en las que la actitud de la víctima frente a una pena o medida ha llegado a considerarse hasta decisiva a fin de calificar este delito¹²⁹.

De esta manera, en los inicios de la andadura de la ley Orgánica 1/2004, la Sala Segunda en sentencia declaró que *“en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior convivencia, la decisión de la mujer de recibirla y reanudar la vida con él acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de ipso el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla”*¹³⁰.

El examen de esta sentencia, valorándola desde la distancia que da el haber transcurrido más de diez años desde la entrada en vigor de la Ley orgánica 1/2004 y de la evolución legislativa en esta materia, nos hace entender cuán infortunado fue el pronunciamiento dado en la mencionada resolución, la cual hace recaer en la propia víctima el peso y la responsabilidad sobre el cumplimiento de una medida tan gravosa como es el de la limitación de un derecho fundamental, en concreto el de la libertad deambulatoria, sin tener en cuenta que, precisamente por los delitos a los que vienen referido el apartado segundo del artículo 468 del Código Penal, resulta indispensable valorar la medida impuesta de una forma íntegramente objetiva, debiéndose cumplir lo ordenado por la autoridad judicial en sus propios términos.

¿Y qué sucede en caso de que quien tiene una orden o medida a su favor desee dejarla sin efecto?

El origen de la adopción de medidas (o de pena) radica en una vulneración de

¹²⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., “La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español”, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, op. cit., p. 341-347.

¹³⁰ Sentencia núm. 1156/2005 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de septiembre, siendo Ponente GIMÉNEZ GARCÍA, J.

derechos a la persona a cuyo favor se otorga, por lo que situamos a la misma en la categoría de víctima o perjudicada.

En caso de que la medida sea eso, una medida, y no una pena impuesta, y la beneficiaria de esta medida (es decir, la víctima, a la que hacíamos referencia en las líneas anteriores) desee acercarse de nuevo al agresor, deberá instar un procedimiento judicial a través de una comparecencia. En dicha comparecencia la autoridad judicial la escuchará. Además se valorarán otras pruebas y se recabará el informe del Ministerio Fiscal, antes de adoptar una resolución judicial que en su caso modifique o deje sin efecto esta medida impuesta anteriormente¹³¹.

En el dictamen de una medida de alejamiento entran en juego distintos parámetros, y algunos de ellos no están en poder de las propias víctimas, las cuales pueden no ser conscientes del peligro al que se enfrentan en caso de acercarse de nuevo al agresor. Y la aplicación de esta medida sin la conformidad de la víctima o en su caso sin el consentimiento total, no se explica por un papel “paternalista” del derecho penal sobre la misma; al contrario, con la imposición de estas medidas se pretende, si el derecho así lo justifica y encuentra razones, atender a la protección de un bien universalmente protegido, como es la vida y la integridad, aunque la persona a quien directamente pudiera beneficiar (el seguir con vida, el estar íntegramente protegida), pueda no encontrarse total o parcialmente de acuerdo con la misma, o pretender, una vez impuesta, la modificación o dejar sin efecto dicha medida impuesta.

Por otro lado, la Sala Segunda parece que se pronuncia únicamente sobre las “medidas” impuestas, pero no sobre la pena, cuando el apartado segundo se refiere indistintamente a la pena o a la medida cautelar o de seguridad, otorgándoles las mismas consecuencias jurídicas. Pues bien, aunque el Código Penal impone las mismas consecuencias y atiende a las penas y medidas en un mismo apartado, sin hacer diferenciación de tipicidad ni trato jurídico, la Sala Segunda sí hace una distinción fáctica, aludiendo únicamente a la pérdida de vigor tácita de una medida; lógicamente, la

¹³¹ En relación con estos apartados, ver también los artículos 544 bis, 544 ter y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

imposición de una pena conlleva su necesario cumplimiento, y únicamente podrá ser dejada sin efecto a través de un procedimiento de indulto.

No consideramos acertada la doctrina que establece la Sala Segunda en la sentencia de 2005, por entender que la misma parece que deja al arbitrio de la víctima el cumplimiento y efectividad de la medida impuesta, la cual no tienen por qué ser experta en derecho, ni entender los requisitos y razonamientos jurídicos que se han tenido en cuenta a la hora de adoptar dicha orden.

Pero no solamente lo creemos así nosotros; el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008¹³² estableció que *el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a los efectos del artículo 468*, aplicándose, lógicamente, tal criterio en subsiguientes sentencias¹³³, si bien en alguna posterior, como la sentencia del Tribunal Supremo 1065/2010¹³⁴, MARCHENA GÓMEZ especula sobre si *la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto*, aunque reconoce que ello *“resulte especialmente arriesgado”*, por lo que lo procedente será que la mujer comparezca ante el Juez para instar que deje sin efecto tal medida, *que es precisamente a lo que nos referíamos en las líneas anteriores*.

Tras más de diez años de vigencia de la Ley Orgánica 1/2004 --y no sólo de ella, sino también de leyes orgánicas anteriores y posteriores--, el concepto de violencia de género y su determinación como delito con naturaleza propia se ha ido asentando en el marco de los operadores sociales, policiales y jurídicos.

La relación de la violencia con figuras afines ha ido variando a lo largo de estos

¹³² Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, sobre *Interpretación del artículo 468 del Código Penal en los casos de medidas cautelares (o penas) de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima*. Sobre este tema, ver GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., “La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español”, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed, *op. cit.*, p. 341-347.

¹³³ Sentencia núm. 14/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de enero, siendo Ponente BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. M.

¹³⁴ Sentencia núm. 1065/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de noviembre, siendo Ponente MARCHENA GÓMEZ, M.

años, y el delito de quebrantamiento no se escapa a esta evolución, como hemos analizado.

No obstante y sin perjuicio de las discusiones doctrinales o incluso jurisprudenciales al respecto, hoy en día no existe controversia legal a la hora de calificar el delito de quebrantamiento (en cualquiera de sus tres apartados) como un delito contra la Administración de Justicia; y es que el delito de quebrantamiento y los delitos de violencia de género afectan a bienes jurídicos protegidos distintos; así como en los delitos de violencia de género el bien jurídico protegido es la mujer víctima de la conducta típica en cuestión, y en su caso los menores directa o indirectamente afectados por el episodio violento, en el caso de los delitos de quebrantamiento, el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia. Ponemos esta afirmación en relación con la sentencia de la Sala Segunda 268/2010¹³⁵, en la que SÁNCHEZ MELGAR, con cita de la sentencia 39/2009, declara que *“es el principio de autoridad el que se ofende con el quebrantamiento de tal medida”*; de esta manera, el sujeto en cuestión que quebranta una pena o una medida cautelar ha ido en contra de una orden expresa que le ha dado el/la Juez, y debe asumir las consecuencias de ello. Con el incumplimiento de la medida o pena, el sujeto ha desobedecido las órdenes de la autoridad judicial, pero no se ha producido ninguna lesión en los bienes jurídicos de la víctima, salvo el razonable malestar que le haya podido causar por saber que su agresor no cumple con las normas impuestas. Pero esta inquietud, más allá de ser razonable, comprensible y susceptible de protegerse por vía policial o social, no es susceptible de enjuiciamiento por sí misma.

3.6.- Modificaciones penales operadas por la Ley Orgánica 1/2015 que afectan al tratamiento de la violencia de género

Debemos resaltar algunas modificaciones realizadas en el Código mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, que, si bien no tienen un efecto directo sobre la violencia de género, por no afectar a los preceptos que regulan esta materia, sí conllevan ciertos cambios sobre ella.

¹³⁵ Sentencia núm. 268/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de febrero, siendo Ponente SÁNCHEZ MELGAR, J. A.

Alguna de ellas ya ha sido nombrada al analizar los tipos penales que hemos tratado hasta ahora, bien por venir expresamente reflejadas en su tenor literal, bien por considerar que era ese el momento oportuno de nombrarlas. Nos referimos a las consecuencias que ha provocado la desaparición de las faltas y la correspondiente incorporación de esos comportamientos como delitos leves y, en ocasiones, como delitos menos graves¹³⁶. Su efecto sobre la prescripción, las formas imperfectas de ejecución, el aumento de las penas en algunos casos y la exclusión de la pena de días-multa cuando repercute negativamente sobre las víctimas de violencia de género.

Pues bien, ahora hay que añadir alguna referencia sobre la nueva agravante genérica “por razones de género” del artículo 22.4º del Código Penal, la facultad de imponer la medida de libertad vigilada a quienes cometan el delito del artículo 173.2º del Código Penal (lesiones cometidas en el ámbito de la violencia de género), la modificación del régimen de suspensión y sustitución de penas en supuestos de violencia de género (artículos 83, 84 y 88 del Código Penal) y, por último, el efecto del perdón del ofendido en esta materia. Vemos sucintamente las modificaciones enumeradas.

1.- Agravante por razón de género, prevista en el artículo 22.4º del Código Penal.-

La aplicación de esta agravante implica la presencia de dos elementos, uno objetivo (característica especial que presenta la víctima, de entre las enumeradas en el texto penal) y otro subjetivo (que sea tal característica el móvil principal del agresor para elegir a su víctima, por lo que esta representa). Entre tales rasgos se encuentra el sexo y la orientación sexual, como es sabido. Y a ellos se suman ahora razones de género.

La agravante por razón de género será estudiada en el capítulo siguiente, si bien, por cuestiones metodológicas, entendemos apropiado realizar unas indicaciones sobre esta entrada al Código Penal.

Con la incorporación del apartado 4º del artículo 22, se pretende ampliar la

¹³⁶ Sobre este tema, escriben GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., “La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español”, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, op. cit., p. 348-350.

protección a la mujer, abarcando cualquier ámbito de discriminación que pueda motivar el comportamiento ilícito del agresor, para así poder castigarlo con mayor contundencia a través de esta agravante.

El reproche que puede hacerse tampoco es nuevo ya que parte de la mala redacción de este precepto y de la dificultad de diferenciar entre sí algunos de los supuestos que recopila. Pero más allá de esta crítica formal (que no impedirá la aplicación de esta agravante) nos interesa destacar las dudas que genera su posible apreciación junto con la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal. En este sentido, ya hay autores que las consideran incompatibles entre sí. Por nuestra parte no apreciamos este problema de incompatibilidad, toda vez que mientras que el artículo 22.4º del Código Penal se está refiriendo a una agravante genérica que, como hemos descrito, tiende a castigar más gravemente las conductas si se cometen (entre otras) por razones de género, el artículo 23 Código Penal describe la posibilidad de variar al responsabilidad penal atendiendo a la relación entre los sujetos. Por tanto, este artículo trata de describir una situación objetiva y usual, por la que no se impone directamente castigo o beneficio alguno, si no que se advierte que la relación de pareja o expareja entre las partes, así como la naturaleza y motivos del delito, podrán atenuar o agravar la responsabilidad, debiendo acudir al caso particular para valorar la concreta respuesta penal que se da en cada situación.

2.- Medidas a imponer en delitos de lesiones en ámbito de violencia de género.-

Otro cambio no menor recae sobre la pena prevista en las lesiones provocadas en el contexto de violencia de género y/o violencia doméstica conforme el artículo 173.2 del Código Penal. Este precepto incorpora la posibilidad de que la autoridad judicial imponga, a partir de esta modificación, la medida de libertad vigilada a los agresores.

3.- Régimen de suspensión y sustitución de la pena.-

Esta materia concentra un buen número de cambios¹³⁷. A lo que aquí interesa, hay que resaltar lo siguiente: no hay

¹³⁷ Sobre este punto, consultar DE MARCOS MADRUGA, F / DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de*

limitación específica alguna para utilizar la remisión condicional de la pena en materia de violencia de género y/o violencia doméstica, más allá de las previstas en el régimen general para el conjunto de delitos. Eso sí, cuando esta tenga su origen en figuras comprendidas en la novedosa (e indeterminada) expresión “delitos cometidos sobre la mujer”, la autoridad judicial vendrá obligada a utilizar, en todo caso, las prohibiciones y/o deberes establecidos en los números 1, 4 y 6 del artículo 83 del Código Penal. Esto es, prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición de residir o acudir a un lugar determinado y el deber de participar en programas formativos. Nada obsta a que, junto a ellas, incluya otras más de ese listado, siempre que su decisión venga suficientemente motivada.

Siguiendo con esas medidas de carácter obligatorio, el Código dispone que cuando se impongan las reglas 1ª o 4ª citadas, será comunicada a las Fuerzas de Seguridad que velarán por su cumplimiento. Su incumplimiento total o parcial tendrá que ser comunicado inmediatamente al Ministerio Fiscal y al/la juez para su valoración. En cuanto a la regla 6ª, el control de su correcto cumplimiento corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas de la Administración penitenciaria, estando obligados a informar trimestralmente sobre la evolución del penado, los posibles incumplimientos así como de cualquier otra circunstancia relevante que permita al juez o tribunal valorar su peligrosidad y/o la posible comisión futura de nuevos delitos.

A su vez, el régimen de suspensión condicional prevé la posibilidad de condicionar este beneficio al cumplimiento alcanzado entre las partes en virtud de la mediación, al pago de una multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, conforme reza el artículo 84 Código Penal. Al respecto hay que recordar, en lo que a delitos cometidos sobre la mujer se refiere, la vigencia de la Ley Orgánica 1/2004 y –por tanto- la prohibición expresa de la mediación en estos delitos, por mucho que una norma genérica –como es el citado artículo 84 Código Penal- pudiera dar a entender lo contrario. Por lo demás, debemos recordar que el pago de la multa se regirá conforme a lo dispuesto en el

derecho penitenciario. suspensión de la pena., Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2016 y FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “Cuestiones prácticas de la suspensión de la pena tras la reforma de la lo 1/2015”, Revista Jurídica, Sección Doctrina, julio de 2016, punto III del artículo sobre suspensión ordinaria.

segundo párrafo de ese artículo, donde con gran acierto se limita el uso de esta medida cuando se constate que entre el agresor y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común, como hemos venido comentando páginas atrás.

De igual modo, la remisión condicional contempla, para todos los supuestos sin excepción, la posibilidad de que el juez o tribunal, durante el tiempo de suspensión de la pena y a la vista de la posible modificación de las circunstancias que motivaron la decisión judicial, pueda modificar, sustituir, alzar todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieren sido acordadas.

Por último, el artículo 86 del Código Penal –al que nos remitimos- regula las causas de revocación de este beneficio, si bien destaca el hecho de que el incumplimiento de las medidas impuestas (incluidas las reglas 1,4 y 6 de obligada imposición), por sí solo, no conlleva dicha revocación. El precepto exige para ello que el incumplimiento sea grave y reiterado. De no ser así, se podrá imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o ampliar el periodo de vigencia de la suspensión. Aunque el juez o tribunal siempre tendrá la capacidad de revocar la suspensión y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida o para asegurar la protección de la víctima, tal y como expresa el número 4 de este artículo 86 del Código Penal.

3.7.- Valoraciones sobre los tipos penales estudiados y su relación con la Violencia de Género

Tras examinar los distintos tipos delictivos, hemos podido comprobar la relación que presentan con el término de violencia de género, ya sea en la identidad de los sujetos activos y pasivos (revelación de secretos, quebrantamiento), ya sea en la situación de poder y discriminación contra la mujer (como el delito de trata, de odio o de discriminación), a pesar de que *a priori* no lo sean.

Y decimos esto por entender que estos delitos pueden revestir caracteres propios

de violencia de género si se dan los elementos previstos en la Ley Orgánica 1/2004 para considerarlos como tales, peor no son tenidos en cuenta a la hora de formar el elenco de delitos afectados directamente a la violencia de género, como tendremos oportunidad de analizar en el siguiente capítulo.

Por lo que respecta a la difusión de contenidos íntimos, hemos estudiado que el propio artículo 197.7 prevé en su último inciso una agravante para el caso en que el delito se cometa contra quien sea o haya sido cónyuge. El tipo no diferencia la mujer como sujeto pasivo, pues dispone que la agravación se aplicará en caso de que exista o hubiera existido una relación sentimental, independientemente del sexo del autor y de la víctima. En el tipo tendrán cabida, por tanto, los supuestos en que la mujer sea víctima a manos de su pareja o cónyuge, presente o pasada, pero también tendrán las parejas homosexuales o heterosexuales cuando la autora es la mujer y el sujeto pasivo el hombre.

El tipo delictivo de matrimonio forzado no hace mención a los supuestos en que la víctima sea una mujer. Sin embargo, debemos advertir que en este caso la víctima ha de ser, necesariamente, el/la cónyuge del autor o coautor de los hechos, pues quien se ve sometida al casamiento forzado o al traslado con este fin será quien padezca la acción penal. Entendemos que la figura cumple las expectativas para la que fue insertada en nuestro Código Penal, adecuándose a las directrices internacionales, y protegiendo a las mujeres y niñas que son víctimas de esta práctica delictiva. El tipo protegerá igualmente a los hombres que se encuentren en esta situación como sujetos pasivos, lo que conlleva una represión integral de dichas conductas, reprendiéndolas de igual manera con independencia del sujeto pasivo que las sufra, el cual se verá sometido a una situación de desigualdad y poder contra él o ella, digno de represión y respuesta penal.

El delito de trata de personas y de odio y discriminación tampoco contemplan entre su articulado una mención concreta a la violencia de género. El delito de personas es un tipo de contenido heterogéneo, que afecta a distintos campos, pudiendo hablar de trata de personas para realizar trabajos forzados, extracción de órganos o con fines de explotación sexual. En los puntos dedicados a estos delitos hemos comprobado que la mayor parte de las víctimas de trata son mujeres y niños, y en lo que afecta a la explotación

sexual el margen se dispara¹³⁸. Ante la prueba de la preminencia de mujeres en los tipos delictivos enumerados, consideramos que hubiera sido un acierto que el legislador hubiera realizado una especificación para el caso en que el delito se hubiera cometido por razón de condición de ser mujer.

El supuesto de odio y discriminación dista un tanto de lo dispuesto en el párrafo anterior; se trata de delitos cometidos contra colectivos precisamente por el hecho de serlo. La pertenencia a un sexo determinado es uno de los colectivos a los que se refiere el articulado del Código Penal para configurar el delito de odio y discriminación, pero no el único. Junto a éste figuran otros grupos a los que se entiende necesario proteger, tales como los religiosos, culturales o que tienen una orientación sexual determinada. Entendemos, en estos tipos delictivos, que la labor del legislador ha sido oportuna, castigando de igual manera las acciones formuladas contra cualquiera de los grupos indicados en los artículos; pues el bien jurídico protegido en el caso de la discriminación por razón de sexo (femenino, en el caso que estamos estudiando), y de discriminación por pertenencia a cualquiera de los grupos que menciona el artículo, es el mismo: la persona y su derecho a tener una vida digna, con arreglo a su situación, posición o creencias, sin que deba sufrir perturbaciones por el hecho mismo de su propia condición.

De los delitos estudiados en este capítulo, entendemos que el que más se acerca a la consideración de delito de violencia de género es el quebrantamiento. Por ello lo hemos estudiado de una manera más detallada, siendo necesario hacer una valoración final del tipo.

En la práctica, son muchas voces las que se están levantando a favor de encuadrar el delito de quebrantamiento como una forma de violencia de género, siempre que el investigado se acerque a la mujer que ha sido su esposa o pareja y contra la que exista esta orden, medida o pena de alejamiento o de prohibición de comunicación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal¹³⁹.

¹³⁸ Ver datos comprendidos en punto 3.3 del Capítulo I, pp. 83 y siguientes.

¹³⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, op. cit, artículo 48: "1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno

Se cuestiona, por un lado, la naturaleza del bien jurídico protegido: que se ha desobedecido una orden judicial está claro, pero, ¿cabe la posibilidad que con el mero acercamiento a la víctima ya se encuentre vulnerado el derecho a la integridad de ésta? La respuesta debe ser que no, pues ante la falta de indicios suficientes que acrediten la comisión de un delito concreto de violencia de género, no podemos entender cometido un ilícito penal en términos generales o aludiendo a la “incomodidad” que le causa a la víctima su presencia (situación que ya hemos comentado, totalmente comprensible a efectos prácticos y sociales, pero no siendo posible da respuesta legal a esta situación fáctica).

Por otro lado, se estima que, a efectos prácticos, es más eficaz que el mismo órgano judicial que dictó la orden de alejamiento sea quien valore la circunstancia del quebrantamiento, por tener más cercanos los hechos y disponer de una información más completa.

Pero, como apuntábamos más arriba, esta reflexión no tiene, a día de hoy, reflejo en el Código Penal ni en el resto de normas penales, por lo que no podemos definir el delito de quebrantamiento como un delito propio de violencia de género, con los detalles arriba mencionados, teniendo en cuenta, igualmente, que el legislador es plenamente consciente de esta situación, y prueba de ello es la ubicación que otorga al artículo 468, en el capítulo VIII (Del quebrantamiento de condena) del Título XX (Delitos contra la Administración de Justicia) del Libro II del Código Penal (dedicado a los Delitos en particular).

mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconociendo en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

Sin embargo, la Ley Orgánica 7/2015¹⁴⁰, aunque no define expresamente el quebrantamiento como un delito propio de violencia de género, incluyen la instrucción de estos delitos entre las competencias propias de los/as jueces de violencia de género, reconociendo su Exposición de Motivos que la lucha contra la violencia de género sigue demandando medidas en todos los ámbitos, con la finalidad de erradicar esta lacra social.

A ello no puede sustraerse la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por ello la Ley Orgánica 7/2015 incorpora una batería de medidas destinadas a incrementar la firme y continua lucha contra la violencia de género desde el ámbito legislativo.

En este sentido, entre otras medidas, amplía las competencias del/la juez de instrucción para conocer del delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Al atribuir la competencia para el conocimiento de la instrucción de este delito el/la Juez de Violencia sobre la Mujer podrá operar con una mayor eficacia a la hora de proteger a la víctima, teniendo muchos más datos que cualquier otro Juez para valorar la situación de riesgo¹⁴¹.

Examinada la reforma legislativa a la que acabamos de hacer mención, no podemos dejar de preguntarnos por qué el legislador no aprovechó la coyuntura reformista de la Ley 7/15 e introdujo diferenciación entre los quebrantamientos comunes y los quebrantamientos en materia de violencia de género. Entendemos que de esta manera los intereses de la mujer víctima de violencia de género quedarían mejor

¹⁴⁰ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

¹⁴¹ *Ibid.*, Exposición de Motivos VII.

protegidos, y ello sobre la base de una razón: la orden de protección, o pena en el caso de que exista sentencia, se otorga a fin de garantizar la seguridad e integridad de la mujer víctima de violencia de género (o de los descendientes); pues bien, el quebrantar una orden o pena supone un quebranto, *per se*, en la estabilidad y seguridad de la mujer. El autor del delito de quebrantamiento, al tiempo que desobedece un mandato judicial, irrumpe en la esfera de seguridad de la mujer que la propia orden había construido, destruyendo la misma y atacando la tranquilidad de la víctima, la cual comprueba como el instrumento de protección que se otorgó a su favor ha devenido insuficiente.

* * *

De lo dicho hasta ahora determinamos que los delitos analizados no son propios de violencia de género, a pesar de la relación que guardan con este término. Y una de las consecuencias de no constituir, estas figuras, delitos propios de violencia de género, es la imposibilidad de aplicar la Ley 1/2004 y las consecuencias que de ella se derivan. Será de aplicación en estos casos la normativa general, así como el Estatuto de la Víctima del delito, pero no así los derechos comprendidos en la Ley Integral.

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, los delitos contemplados en este capítulo serán calificados en atención a la norma general, y ello sin perjuicio que los aquí estudiados pudieran devenir, efectivamente, en un delito de violencia de género si se dan los requisitos para ello.

La diferencia de trato también se aprecia en el marco procesal. Respecto a las consecuencias penales, y en concreto las medidas de protección, el derecho procesal estructura mecanismos de atención y protección a la víctima para delitos de naturaleza distinta a la violencia de género, que se materializan como norma general en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴².

¹⁴² Igualmente, podrán ser de aplicación, dependiendo de los supuestos concretos, los artículos 544 ter (orden de protección) y/o 544 quinquies (medidas respecto de menores en los supuestos en que se haya cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 57 del Código Penal).

En cambio, la medida de protección para los casos de violencia de género y doméstica (en supuestos concretos) se articulan bien a través del sistema general del artículo 544 bis, bien a través de un régimen propio y especial, diferenciado de la norma general, que encontramos en el artículo 544 ter, el cual conlleva una protección integral de la mujer víctima de violencia, y que contempla medidas de naturaleza muy diversa, desde penal hasta civil o administrativo.

Hasta la llegada de la Ley 4/15¹⁴³, la diferencia entre aplicar el artículo 544 bis o el 544 ter era considerable, y más teniendo en cuenta que el artículo 544 ter contemplaba la posibilidad de adoptar medidas civiles en caso de que entre la víctima y el agresor existieran menores en común, lo que no estaba previsto en el artículo 544 bis.

Esta diferencia se ha reducido tras la entrada en vigor del estatuto de la Víctima del delito, que incorpora un nuevo artículo: el artículo 544 quinquies, el cual contempla específicamente medidas civiles en los casos que existan menores que directa o indirectamente se hayan visto relacionados con los hechos delictivos investigados.

Es necesario dejar constancia de la diferencia de trato procesal existente entre delitos de violencia de género y aquéllos que, no siéndolo, guardan semejanzas con los primeros, sin que, a nuestro entender, esta diferencia de trato suponga una desigualdad penal ni procesal entre unos y otros, puesto que toda conducta penalmente reprochable tendrá su respuesta penal, en consonancia con sus particularidades y el contexto de cada supuesto, conforme lo establecido en el Código Penal y el resto de leyes penales y procesales.

¹⁴³ Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

CAPÍTULO II. DELITOS ENCUADRABLES EN VIOLENCIA DE GÉNERO

1.- Introducción sobre la presencia de los delitos de Violencia de Género en la legislación penal

Como es sabido, si acudimos al Libro II del Código Penal vigente, podemos comprobar que la descripción de los distintos tipos delictivos quedan organizados en Títulos y Capítulos, atendiendo al bien jurídico afectado por la comisión de tales hechos. Así, el Título I, que recoge el Homicidio y sus formas, contempla comportamientos que afectan al bien jurídico protegido que es la vida. El Título VI recoge los delitos contra la libertad. Y así el resto de Títulos sucesivamente.

Sin embargo, a la hora de analizar los delitos propios de violencia de género, no encontramos una organización sistemática de tales delitos: no existe un Título en el Libro II que detalle los hechos que conllevan un detrimento para la integridad y seguridad de la mujer víctima de violencia de género, sino que los advertimos descritos a lo largo del articulado del Código Penal.

En algunas ocasiones, la referencia es clara y directa, y los artículos expresan concretamente la relación entre el sujeto activo y pasivo, de tal manera que los tipos delictivos así descritos se erigen como una suerte de delito *propio*¹⁴⁴ de violencia de género. Por contra, en otros supuestos nos encontramos con referencias tácitas o veladas a los casos en que el tipo delictivo en cuestión se cometa por un hombre contra quien sea o haya sido esposa o pareja de éste.

Esta falta de organización sistemática favorece la dispersión en cuanto al examen y la clasificación de los delitos propios de esta materia.

En la exposición del presente capítulo mostramos los delitos recogidos en el Código Penal que son encuadrables en el ámbito de violencia de género.

Precisamente por la falta de razonamiento en la descripción y numeración de los tipos delictivos relacionados con la violencia de género, las posibilidades de clasificación de delitos de esta naturaleza son múltiples.

¹⁴⁴ Empleamos esta terminología a modo explicativo, siendo conscientes que no guarda relación con los conceptos de delitos propios y especiales.

La Ley 1/2004 tampoco contribuye a aclarar el escenario penal. Es cierto, sin embargo, que se ocupa de dar una definición de “violencia de género”, cuando expone en su artículo 1.1 lo siguiente: “1. *La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

Y aunque la Ley no establece un elenco concreto de delitos propios de violencia de género —lo que podría haber simplificado la regulación penal— si hace referencia expresa al término “violencia”, ya que el último apartado refiere que por violencia se contempla “*toda clase de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”. De esta manera, la Ley abre la puerta a contemplar las violencias antes referidas como delitos específicos de violencia de género —siempre que se cumplan las premisas del apartado primero del artículo—, si no por redacción expresa del concepto, sí por remisión desde este apartado.

Una de las posibles clasificaciones es distinguir los delitos comunes frente a los propios de violencia de género. En el primer grupo se encuentran aquellos tipos delictivos que, *a priori*, pueden ser cometidos por cualquier persona que se encuentre en condiciones intelectivas y volitivas para cometer la acción penal, y será víctima el sujeto que sufra el comportamiento delictivo en cuestión. La particularidad de estos tipos comunes frente a otros que recoge el Código es que, los que vamos a estudiar en este apartado, aun configurándose como delitos comunes, presentan especialidades por el hecho de que los sujetos activo y pasivo coincidan con los sujetos activo y pasivo necesarios para la existencia de violencia de género¹⁴⁵.

Frente a este primer tipo, encontraremos los delitos *propios*, propiamente dichos, de violencia de género: se trata de los tipos en los que la conducta delictiva descrita se encuentra dentro de la relación personal necesaria para atender a la calificación de violencia de género.

¹⁴⁵ Ver artículo 1.1 LO 1/2004.

Como indicábamos, esta no es la única clasificación posible; en el ámbito del derecho sustantivo podrían hacerse múltiples conjugaciones.

Hemos optado por esta diferenciación a fin de poder exponer de manera gráfica el compendio de delitos que quedan encuadrados en el ámbito de la violencia de género, atendiendo al bien jurídico protegido, y posicionarlos frente a los delitos comunes.

En el capítulo anterior hemos tenido la oportunidad de estudiar el concepto de violencia de género, a través de la descripción de su relación con figuras afines a esta materia, y también con delitos que guardan relación con este concepto pero que no integran en su articulado, de manera principal ni directa, elementos propios de violencia de género.

En este apartado pretendemos valorar el campo de acción en el que se materializa la violencia de género: la aplicación práctica de los delitos que, de una manera directa o indirecta, se relaciona con la violencia de esta naturaleza. Unos y otros comparten el mismo objetivo: atajar, reprochar estas conductas, y proteger a las mujeres --y la personas que de ellas dependan-- de ataques sufridos contra ellas, sus bienes o allegados.

Tal y como explica POLO GARCÍA, *la violencia de género afecta a las mujeres por el mero hecho de serlo*¹⁴⁶. Hay formas de violencia que no guardan relación con el hecho de que el sujeto pasivo sea hombre y mujer. También encontramos formas de violencia que, siendo la mujer el sujeto pasivo, no se dan las condiciones necesarias para calificar dicho delito como constitutivos de violencia de género. En este trabajo pretendemos estudiar los delitos que sí guardan relación con la violencia de género, como decimos, de manera directa o indirecta.

El examen de los tipos delictivos propios de violencia de género son el punto de partida para poder configurar los hechos y calificarlos como constitutivos de violencia de

¹⁴⁶ POLO GARCÍA, S., Curso virtual de formación obligatorio sobre Violencia de Género, impartido en enero de 2012 por el consejo General del Poder Judicial.

género. Esta calificación constituirá la antesala de nuevos pasos a dar en la penalización de estos comportamientos, pudiendo conllevar, además de la pena impuesta, medidas procesales, sociales o económicas tendentes a asegurar los intereses de la víctima y a evitar la repetición de las conducta delictivas por parte del investigado o condenado.

En el análisis de las figuras delictivas relacionadas con la violencia de género, estudiaremos dos apartados diferenciados.

En el primero de ellos veremos las circunstancias penales que afectan a los delitos comunes que acontecen en un ámbito de violencia de género. Nos referiremos a delitos que pueden ser cometidos en otros escenarios delictivos, pero que sin embargo llevan aparejadas consecuencias procesales o penológicas distintas en caso de que el comportamiento se de en un contexto de violencia de género, examinando las circunstancias agravantes genéricas aplicables a los supuestos en que el delito se cometa en un ámbito de violencia de género, mención que ya adelantamos en el capítulo anterior.

En un segundo apartado analizaremos los delitos que directamente afectan a la víctima de violencia de género como sujeto pasivo del delito, ya sea de manera individual, ya sea como parte de un colectivo que aglutina distintos sujetos.

2.- Elementos calificadores de delitos cometidos en ámbito de Violencia de Género

En el presente apartado vamos a estudiar dos elementos agravantes de la responsabilidad penal. Tales figuras pueden aplicarse, en principio, en cualquier contexto penal y sobre cualquier persona imputable. El límite lo marcará el ámbito de aplicación de cada figura en cuestión. Asimismo, la aplicación estos supuestos vendrán condicionadas a que el tipo penal realizado no prevea, entre su conducta típica, alguna de las agravantes que específicamente contemplan los artículos que vamos a ver a continuación. Y ello en aras de respetar el principio *non bis in idem*.

El Código Penal, como es notorio, contempla una diversidad de elementos cualificadores de la responsabilidad penal. La razón de estudiar los dos conceptos que

vamos a ver a continuación radica en la vinculación que los mismos tienen con la violencia de género.

Comenzaremos con el análisis de la circunstancia mixta de parentesco, pues, aunque se encuentra ubicada a continuación de la agravante de género del artículo 22.4º, se trata de una figura de aplicación más generalizada, y por ello hemos pretendido analizarla en primer lugar, y posteriormente analizar la figura agravante que hace referencia expresa a la violencia de género.

2.1.- Circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal

2.1.1.- Regulación legal de la circunstancia mixta de parentesco y origen legislativo

El artículo 23 Código Penal establece lo siguiente: *“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”*.

El origen legislativo y la evolución histórica de la circunstancia prevista en el artículo 23 del Código Penal es prácticamente coincidente con la evolución de la circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal, por lo que, en aras a evitar reiteraciones, en el apartado dedicado a esta agravante estudiaremos la evolución a través de los Códigos Penales.

El sentido de lo que representa la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 se ve comprobado en el Convenio de Estambul¹⁴⁷. Dicho Convenio recoge un importante número de circunstancias agravantes. De éstas, algunas no están recogidas en nuestro Código, otras sí, y otras cualifican o agravan determinados tipos penales.

¹⁴⁷ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 27 de mayo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, p. 42946-42976.

Tal y como percibe DE PORRES URBINA¹⁴⁸, en buena lógica y para evitar la vulneración del principio *non bis in ídem*, las agravantes no pueden aplicarse cuando el hecho determinante de la agravación sea un elemento del tipo. Nuestro Código Penal, en su artículo 67 recoge este criterio y también el Convenio de Estambul en el artículo 46, párrafo 1º, cuyo tenor literal es el siguiente: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio”*.

Como consecuencia de lo anterior, el cumplimiento del Convenio se debe entender producido no sólo cuando el elemento de agravación se recoja en una agravante genérica de los Códigos nacionales, sino también cuando se tome en consideración mediante el establecimiento de subtipos agravados, dado que no todo delito que pueda cometerse contra una mujer precisa del reconocimiento de todas y cada una de las agravantes.

El artículo 46 del Convenio de Estambul prevé como circunstancia agravante lo siguiente: *“que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad”*.

Esta circunstancia agravante tiene correspondencia en el Código Penal español con la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23.

En el estudio de los elementos del artículo 23 del Código Penal seguiremos al autor CLIMENT DURÁN¹⁴⁹, el cual ha realizado un estudio sistemático de la jurisprudencia que aplica tal circunstancia.

¹⁴⁸ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul*, Curso El Convenio de Estambul, hecho en Madrid en marzo de 2016, Formación continua del CGPJ, p.2-3.

¹⁴⁹ CLIMENT DURÁN, C., *“Documentación sistematizada sobre el artículo 23 del Código Penal”*, en *“Código Penal. Jurisprudencia sistematizada”*, Tirant on line, Sección Doctrina, junio de 2011.

2.1.2.- Fundamento jurídico de la inclusión de la circunstancia mixta en el Código Penal

El fundamento de la circunstancia mixta del artículo 23 del Código Penal en lo que se refiere a la relación entre cónyuges o parejas, presentes o pasadas (debemos advertir que la circunstancia del artículo 23 se refiere a otras relaciones parentales que no son objeto de estudio en el presente trabajo) se encuentra en la existencia de una relación propia de las personas que de alguna manera conservan, pese a las dificultades que pudieran existir, el cariño que caracteriza la unión entre ellas¹⁵⁰.

En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, resultando aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede a causa de la relación parental de que se trate¹⁵¹.

La apreciación de la agravante se ha venido justificando porque se entiende que concurre una mayor culpabilidad en el sujeto activo que tiene deberes específicos con el pasivo en función de la relación parental o de afectividad. Igualmente puede existir en relación con determinados delitos una mayor facilidad para su comisión¹⁵².

2.1.3.- Elementos configuradores de la circunstancia mixta del artículo 23 del Código Penal

El legislador ha objetivado esta circunstancia y ha minimizado, hasta anularla, la necesidad de que el vínculo matrimonial o asimilado persistiera, y todo ello por razones de política criminal que, atendiendo al sentir general de la sociedad, se hacía preciso poner freno a las violentas y agresivas manifestaciones entre parejas que conviven o

¹⁵⁰ *Íbid.*, citando las sentencias del Tribunal Supremo 1654/02, de 3 de octubre, y 221/03, de 14 de febrero.

¹⁵¹ *Íbid.*, citando las sentencias del Tribunal Supremo 162/09, de 12 de febrero, y 742/07, de 26 de septiembre.

¹⁵² *Íbid.*, citando las sentencias del Tribunal Supremo 1074/02, de 11 de junio, y 173/04, de 12 de febrero.

habían convivido, buscando en el autor del hecho un efecto disuasorio¹⁵³.

Para apreciar esta circunstancia, singularmente en su aspecto agravatorio, no basta con que concurra el parentesco entre agresor y víctima, sino que hace falta un *plus*: que dicha relación parental esté basada en un vínculo afectivo que el agresor desprecia. Aquí se encuentra la esencia de su desvalor.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 531/2007, de 18 de junio, exige el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos y subjetivos para poder aplicar la circunstancia mixta prevista en el artículo 23 del Código Penal.

En cuanto a los elementos subjetivos, entiende que, para que la circunstancia pueda operar, es preciso:

a) Que se dé la relación parental o asimilada a que se refiere el precepto.

b) Que el sujeto activo sea consciente de su concurrencia.

c) Que realmente en la relación parental o asimilada medie un mínimo de afectividad, respeto y consideración propios del vínculo o la situación, pues lo que importa no es la concurrencia formal, sino la realidad subyacente: afectividad o conciencia de la vinculación afectiva.

En cuanto al elemento subjetivo, el Tribunal Supremo establece que la razón en la que se basa la circunstancia de parentesco no se halla en la concurrencia formal del vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente. De esta manera, reconoce el Alto Tribunal que el carácter de agravante de la circunstancia del artículo 23 no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esas conductas en estos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones entre las partes¹⁵⁴.

¹⁵³ El artículo 23 del Código Penal ha sido modificado en una ocasión, en virtud de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, introduciendo la posibilidad de aplicar esta circunstancia en las relaciones no sólo presentes, si no también pasadas, y en la ampliación del concepto de víctima.

¹⁵⁴ Citando la sentencia 1031/04, de 21 de septiembre. Ver también sentencias del Tribunal Supremo 405/06,

Los elementos relatados anteriormente posibilitan la confección de un contexto en el que el agresor, dada la unión que tiene con la víctima, pueda tener mayor facilidad para la realización del delito, pudiendo conseguir, gracias a estos lazos, una situación de supremacía que le otorgue una mayor accesibilidad a la voluntad del sujeto pasivo, a envolver o rodear los hechos con engaño y también a evitar o dilatar la denuncia de lo sucedido.

2.2.- Estudio de la agravante por razón de género, prevista en el artículo 22.4º del Código Penal

2.2.1.- Regulación legal de la agravante por razón de género y origen legislativo

Según criterio jurisprudencial reiterado esta circunstancia se suele aplicar para agravar la pena en los delitos contra las personas y para atenuarla en los delitos patrimoniales.

Debemos recordar que el Código Penal, tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, añade como circunstancia agravante de responsabilidad penal la de cometer el delito por razones de género. Así, la Exposición de Motivos establece que *En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22¹⁵⁵.*

En el capítulo anterior realizábamos un apunte sobre la incorporación de este apartado al Código Penal español, que pasamos ahora a analizar.

Una de las razones más poderosas para la inclusión de esta agravante es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica,

de 10 de abril, y 2/08, de 16 de enero.

¹⁵⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *op. cit.*, Exposición de Motivos XXII.

aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «*los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres*», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

Analizando la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 podríamos pensar que la agravante por razón de género supone una novedad legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, y que obedece a la necesidad de integrar la normativa europea e internacional de la que España es parte. Pero esto no es exacto, al menos no formalmente.

Y es que si acudimos al primer Código Penal de nuestro ordenamiento jurídico de la época de la codificación¹⁵⁶, el artículo 106 establecía lo siguiente: “*En todo delito ó culpa para la graduacion espresada en los dos primeros artículos se tendrán por circunstancias agravantes, ademas de las que espese la ley en los casos respectivos , las siguientes: (...) Novena: en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad , la debilidad , indefension, desamparo ó conflicto de la persona ofendida*”.¹⁵⁷

Vemos así que el Código de 1822 ya preveía como agravante que el sujeto pasivo fuera una mujer, aunque la razón para considerarlo una agravante era el que la misma se consideraba, por ser inferior al hombre adulto, como un ser necesitado de protección añadida. Prueba de ello es que el apartado número nueve se refiere, junto de al sexo femenino, a que el sujeto pasivo tenga “*tierna edad y la dignidad, la debilidad, indefension, desamparo ó conflicto de la persona ofendida*”¹⁵⁸, equiparando así situaciones que hoy en día no las podemos considerar análogas.

El Código de 1848¹⁵⁹ erradica, al menos formalmente, el término *femenino*, manteniendo la agravante en función de la relación de pareja y del sexo. Así, el artículo 10

¹⁵⁶ *Código Penal*, de 8 de junio de 1822, Imprenta Nacional de Madrid, publicado el 9 de julio de 1822.

¹⁵⁷ En su redacción original.

¹⁵⁸ En su redacción original.

¹⁵⁹ Real Decreto *por el que se refunde el Código Penal*, Imprenta nacional de Madrid, publicado el 30 de junio de 1850

establece: *“Son circunstancias agravantes: (...) 1º Ser el agraviado (...) cónyuge del agresor; (...) 2º Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido (...)”*.

El Código de 1932¹⁶⁰ elimina la relación de matrimonio como circunstancia agravante y la transforma en una circunstancia mixta, que atenúa o agrava la responsabilidad criminal en función de la naturaleza, motivos y efectos del delito perpetrado¹⁶¹, y mantiene como agravante el *“ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, (...)”*¹⁶².

El Texto de 1963¹⁶³ mantiene la agravante específica *por razón de sexo*, así como la circunstancia mixta por razón de la unión marital¹⁶⁴.

A raíz de lo expuesto hasta ahora, podemos indicar que, así como la circunstancia mixta de parentesco que recoge hoy nuestro artículo 23 ha venido manteniéndose a lo largo de los Códigos Penales anteriores, la agravante por razón del sujeto pasivo femenino tuvo su cabida por primera vez en el Código de 1822, pero con un significado distinto al que le confiere hoy en día el artículo 22.4 Código Penal, que lo incorpora por razones de protección especial necesitada.

2.2.2.- Fundamento jurídico de la inclusión de esta agravante en el Código Penal

Los supuestos de conductas criminales ejercidas contra la mujer precisamente por ser mujer se encuentran agravados en el Código Penal en diferentes tipos delictivos, como tendremos oportunidad de analizar en el presente capítulo. De igual forma, más genéricamente, el resto de crímenes machistas quedan cubiertos bajo el amparo de la

¹⁶⁰ *Ley autorizando al Ministro de este Departamento para publicar como Ley el Código Penal reformado*, con arreglo a las Bases establecidas en la Ley de 8 de Septiembre del corriente año, BOE núm. 310, de 5 de noviembre de 1932.

¹⁶¹ *Ibid.*, artículo 11.

¹⁶² *Ibid.*, artículo 11.15.

¹⁶³ Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el *«Texto revisado de 1963» del Código Penal*, BOE núm. 84, de 8 de abril de 1963.

¹⁶⁴ *Ibid.*, artículos 10.16 y 11.

circunstancia mixta de parentesco del art. 23, y por la norma del artículo 22.4º del Código Penal.

El artículo 22.4º diferencia la circunstancia de ejercitar la acción por motivos de “sexo” o por “razones de género”, debiendo diferenciar ambos supuestos.

Establece BORJA JIMÉNEZ que la razón para la diferenciación de ambos conceptos podría recaer en la víctima objeto de la tutela. En el primer caso, podría ser considerado sujeto pasivo de una discriminación por razón de sexo un hombre frente a una mujer o un grupo de mujeres (por ejemplo, agresión de un varón, por ser varón, por parte de un colectivo de feministas radicales). La agravación por razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores¹⁶⁵.

Entiende este autor que mayores dificultades se presentan al llevar a cabo la distinción entre el artículo 23 y el 22.4º, entendiéndose que a partir de la entrada en vigor de la reforma por la que se incluye las razones de género (las de sexo ya quedaban incluidas antes de dicha reforma), operada por la Ley Orgánica 1/2015, los hechos punibles perpetrados por el hombre frente a su pareja o ex-pareja, sea o haya sido legal o de hecho, se agravarán conforme al art. 22.4ª y no por el 23, dada la especialidad del artículo 22.4º frente a la redacción genérica del 23, en aplicación a las reglas del artículo 8 del Código Penal.

Entendemos que la introducción del artículo 22.4º supone la llegada de una circunstancia especial en el ámbito de violencia de género, dando a entender que en los casos en que la actividad delictiva se haya realizado por estas razones, no cabe de ningún caso aplicar una posible circunstancia atenuante (como sí preveía, al menos teóricamente, el artículo 23, ante determinados supuestos), si no que prevalecerá la norma especial y por tanto la agravación de las penas cometidas por autor de los

¹⁶⁵ BORJA JIMÉNEZ, E., “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª” en *“Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores(BOE 11 de junio de 2015)”*, 2ª Edición, Tirant on line, Sección Doctrina, julio de 2015.

hechos¹⁶⁶.

2.2.3.- Elementos configuradores de la circunstancia agravante del artículo 22.4º del Código Penal

La agravante se estructura con base en dos componentes, objetivo y subjetivo, cuya concurrencia es necesaria para que ésta pueda tener virtualidad¹⁶⁷.

El primero de ellos pone el acento en la existencia real de la característica idiosincrasia del grupo o del individuo objeto de tutela. La segunda requiere un especial ánimo del autor dirigido al desprecio de la persona precisamente por identificarla con la característica que es objeto de su discriminación.

Si falta el primero, se apreciará un error inverso en una circunstancia agravante y ésta no podrá ser apreciada (por ejemplo, el culpable da muerte a una persona por ser homosexual, cuando en realidad era heterosexual).

Si falta el segundo, el componente subjetivo, tampoco podrá tomarse en consideración la causa de agravación, pues no se cumple la exigencia legal de que el delito se cometa por el móvil expresado.

Con la inclusión de la agravante de discriminación por razones de género se amplía la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista, pues a los supuestos específicos que castigaban conductas relacionadas directamente con violencia de género, se añade la norma especial agravante en esta materia, de aplicación en los casos en que, no previéndolo expresamente la ley, el delito que se haya cometido contra la mujer, pareja, expareja, cónyuge o ex cónyuge, lo haya sido precisamente por su condición de tal, como manifestación de una situación de discriminación, poder y desigualdad del agresor frente a la víctima. De esta manera, se consigue reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de estos tipos de delitos, entendiendo, en relación con lo dispuesto en el Convenio núm. 210 del

¹⁶⁶ Recordamos, siempre que el tipo delictivo en cuestión no contemple la razón de género en su modalidad delictiva, en cuyo caso atenderíamos al tipo concreto sin aplicación de la agravante.

¹⁶⁷ Seguimos, en esta diferenciación, el trabajo de BORJA JIMÉNEZ, E., antes citado.

Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que sexo y género hacen referencia a realidades distintas. De esta manera los ataques a la mujer quedan diferenciados de las agravantes de parentesco y de las cometidas por razones de sexo, otorgando carta de naturaleza propia a la tutela de la dignidad de la mujer.

3.- Delitos cometidos en el ámbito de violencia de género

En este apartado contemplamos las conductas constitutivas de delitos que sólo se comprenden, se encuadran y se castigan en un contexto de violencia de género. Podríamos decir que se trata de delitos *de propia mano*, ya que la condición de sujeto activo es esencial e imprescindible al atentar contra la norma.

Se trata de casos en que se castiga una conducta por el hecho de haberse realizado en un contexto de violencia de género, y si esa misma conducta se cometiera en una situación que no es violencia de género, ésta tendría una tipificación distinta, o bien se encontraría destipificada¹⁶⁸.

Veremos también que algunos de estos tipos contemplan a la mujer víctima de violencia de género como sujeto pasivo individualizado, mientras que en otros la describen como parte de un colectivo que integra a otros sujetos.

Debemos apuntar ahora cuales son los delitos referidos en esta sección. Para ello acudimos al Código Penal de 1995, el cual a lo largo de su ya largo periodo de vigencia ha venido incorporando materias propias de violencia de género, consiguiendo con ello adaptar el mismo a las necesidades sociales y legislativas que requería la Unión Europea y nuestro propio país.

En el desarrollo de los siguientes epígrafes nos basaremos en el trabajo realizado por GARCÍA GONZÁLEZ y ESTEVE MALLENT, los cuales han estudiado las figuras delictivas

¹⁶⁸ A modo de ejemplo, el caso de las amenazas leves, que si se da en un contexto de violencia de género será constitutiva de delito, y en caso de darse en otros supuestos, de delito leve, siendo, entre otras cosas, necesaria la denuncia de la persona ofendida para la persecución de tal delito, requisito no necesario para perseguir las amenazas en ámbito de violencia de género. El supuesto de las injurias y vejaciones leves se encontrarían destipificadas si no se dieran en el contexto familiar.

aquí reflejadas así como su relación con la violencia de género¹⁶⁹.

3.1.- Delito de lesiones graves: Artículo 147 y concordantes del Código Penal

3.1.1.- Consideraciones generales

Las lesiones se encuentran ubicadas en el Título III del Libro II del Código Penal, en los artículos 147 y siguientes.

Más allá de los que pueda entenderse comúnmente como lesiones, esto es, daño corporal causado por golpe, enfermedad o herida, desde el punto de vista penal tal definición se considera insuficiente. Por ello, en el ámbito penal se entiende como lesión *cualquier perturbación de la salud física o síquica de una persona, transitoria o permanente, o de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio, sin ánimo de producir su muerte.*

Este elemento negativo, la ausencia de *animus necandi*, es lo que diferencia a las lesiones de la tentativa de homicidio, ya que en ocasiones podemos encontrarnos con un resultado lesivo cuya ubicación podría instalarse tanto en tentativa de homicidio como en delito de lesiones.

Para solucionar esta disyuntiva debemos acudir al estudio de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho: así, podemos investigar la relación entre los sujetos preexistente al delito, si las heridas proferidas afectaban (o lo intentaban) a órganos vitales o no, empleo de armas, etc., y así determinar la naturaleza del hecho delictivo y sus consecuencias penales.

El tipo básico del delito de lesiones se encuentra regulado en el artículo 147 del Código Penal, el cual establecía -hasta la entrada en vigor de la reforma operada por LO 1/2015- que *“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión*

¹⁶⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., “La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español”, en ABRIL STOFFELS, R. M, (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, P. 293-352.

requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

Si nos referimos al ámbito de violencia de género, debemos señalar que el tipo penal a aplicar es el básico del artículo 147, que posteriormente analizaremos, según la redacción actual a partir de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, pudiendo ser igualmente de aplicación los tipos agravados del artículo 149 y del 150 referidos a los resultados graves o especialmente graves.

La especialidad en materia de violencia de género la hallamos en el artículo 148, el cual enumera unas agravaciones de pena específicas en función bien de las condiciones del autor (porte de armas, instrumentos peligrosos, ensañamiento o alevosía), bien en función de las condiciones de la víctima (si era menor de 12 años, incapaz, esposa o mujer con la que el autor tenga o haya tenido vínculo sentimental, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor).

Las lesiones leves, que hasta la reforma del Código Penal se definían como “lesiones no constitutivas de delito o maltrato sin lesión”, tenían cabida en el artículo 617 del Código Penal, estableciendo: “1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado (...).* 2. *El que golpear o maltratar a otro sin causarle lesión será castigado (...)*”.

En materia de violencia de género este artículo no era de aplicación, pues las agresiones de resultado leve o el maltrato sin lesión se encontraban previstas y penadas en los artículos 153 , o 173 Código Penal si se trataba de maltrato habitual.

3.1.2.- Origen y evolución legislativa

Los preceptos contenidos en el Código Penal vienen referidos a comportamientos constitutivos de delito (o falta, si hablamos de antes de la reforma operada por LO 1/2015), y las consecuencias impuestas por los comportamientos así calificados son gravosas,

pudiendo llegar hasta la pérdida de derechos fundamentales como son la libertad deambulatoria o de comunicación o expresión.

Viendo estas graves consecuencias bien pudiera considerarse, *a priori*, que los preceptos recogidos en los distintos Códigos Penales habidos en nuestra historia pudieran ser rígidos e inamovibles, en aras a una idílica seguridad jurídica, evitando así que los avatares de la sociedad y de los tiempos pudieran inclinar las consecuencias jurídicas hacia el lado de los que en ese momento se encontraran en la cabeza de la toma de decisiones, tipificando o despenalizando conceptos según sus propios intereses. Podríamos pensar que, si en la redacción de normas de cualquier naturaleza se exige un procedimiento estricto y controlado por expertos en la materia antes, durante y después de la redacción, más aún se daría en el ámbito de derecho penal.

La confección de normas de derecho penal -y en concreto la redacción de Códigos Penales- se encuentra sometida a riguroso análisis e inspección en toda su creación, como no podía ser de otro modo. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica no podemos separar radicalmente la evolución política, social y económica del ámbito del derecho penal; de esta manera, la sucesión de los numerosos Códigos Penales en menos de doscientos años¹⁷⁰, frente a la publicación de un único Código Civil desde que se inició la época de la Codificación, nos ofrece una muestra de lo que supone la influencia política y social en la creación de normas de contenido penal.

Y esto hasta cierto punto es lógico, pues es contrario a los intereses generales (y de paso, contrario a nuestra Constitución) el mantener tipos penales que no ofrecen respuesta a las incidencias de la sociedad, de la misma manera que con el paso del tiempo se hace necesario crear tipos penales concretos frente a comportamientos humanos que bien antes no se daban o que se venían dando y hasta entonces la sociedad no los consideraba dignos de reproche.

Un ejemplo de conductas o comportamientos humanos novedosos que requieren

¹⁷⁰ Nos referimos a la época de la Codificación, siendo el primer Código de esta época el de 1822.

una respuesta penal son los delitos tecnológicos, que se consideran dignos de represión en el momento en que su uso altera los derechos de las personas, accediendo a su esfera de libertad.

Los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género se encuentran comprendidos en el segundo de los casos, es decir, que se han creado tras el surgimiento de una demanda socio-política. Mientras que las lesiones como tipo general se vienen castigando desde la publicación del primer Código Penal (como veremos a continuación), las lesiones cometidas en el ámbito de violencia de género no adquieren naturaleza propia hasta bien entrado el siglo XXI. Y aún ahora debemos advertir que el castigo parte del tipo básico, al que se le aplica la condición específica del artículo 148, por lo que se trata de una especialidad de las lesiones y no de delito propio (salvo si hablamos de lesiones leves, pero eso lo analizaremos posteriormente).

El tipo penal de lesiones tal y como lo conocemos hoy en día es fruto de una evolución legislativa resultado de una evolución social, encontrando la figura del delito de lesiones ya en el primer Código Penal¹⁷¹.

I. Código Penal de 1822

El Código Penal de 1822 se refería indistintamente a lesiones o heridas, cuando a día de hoy hablamos de lesiones. El tipo penal venía recogido en el Capítulo II ("De las heridas, ultrajes y malos tratamientos de obra") de la primera parte ("Delitos contra los Particulares"), si bien en artículos anteriores ya adelantaba algunos supuestos tipificados como delitos y que causaren heridas, referidas a la misma como el resultado de un comportamiento determinado. Pensemos en el supuesto, referido en el Código, del

¹⁷¹ Centramos el análisis evolutivo de las figuras delictivas en cuestión en la época codificadora. Ello no quiere decir que antes de estas fechas no existiesen los delitos a estudiar, pues ya desde la Edad Antigua se estudiaban las figuras delictivas en leyes romanas, haciéndolo también en la época visigótica y en la reconquista, con la publicación de Las Partidas, siendo Alfonso XI quien, en el ordenamiento de Alcalá, en 1348, les dio un valor oficial como fuente supletoria de segundo grado. Las Partidas fueron de aplicación hasta el siglo XIX. De la Edad Moderna destacar el Ordenamiento de Montalvo (que en su Libro VII recoge desordenadamente diversos delitos), las Leyes de Torio de 1505, La Nueva recopilación de 1567 (que supone una aglomeración de leyes antiguas y nuevas), o la Novísima recopilación de 1805.

envenenamiento, castigado con la imposición de la condición de infame, pena de obras públicas y destierro si la incitación a tomar dicha sustancia no fuera con ánimo de matar sino con el de causarle alguna enfermedad, o ponerla en estado de demencia. Atendiendo al resultado de la lesión las consecuencias penales podían llegar a pena de muerte si finalmente la persona fallecía¹⁷².

El tipo básico de heridas se recogía en el artículo 642, castigando al autor en función del resultado y las circunstancias del hecho. Dicho artículo ya previa de la misma manera que lo hacen los tipos penales modernos, el *animus necandi* y el resultado de lesión, que en este supuesto debía ser grave (pérdida de órgano o miembro principal, alguna parte del cuerpo o enfermedad de por vida – hoy recogido en artículo 149 del Código Penal.

Si la incapacidad para trabajar fuera temporal, los artículos 643, 644 y 645 aplicaban tipos atenuados en función del tiempo necesario de curación, estableciendo distintos tramos: más de treinta días; de ocho a treinta días; menos de ocho; o si no causaba incapacidad para trabajar o es por dos días como máximo.

El artículo siguiente describía el concurso del delito de herida (o lesión) con el de ultraje en caso de que la herida se causara con *bofetada en la cara o palo dado a persona honrada o en presencia de otras*.

Las lesiones propias de violencia de género no se hallaban, obviamente, reguladas en el Código Penal de 1822, pero encontramos un tipo especial cualificado de lesiones, referido a conductas descritas en los tipos básicos antes referidos si tenían como víctimas a padre, madre, u otro ascendiente en línea recta; dicho tipo impone penas que llegan hasta los trabajos perpetuos (en el caso de lesiones relativas al artículo 642), y penas algo menos graves (deportación, obras públicas, destierro) en caso de delitos comprendidos en artículos 643 a 647¹⁷³.

¹⁷² Código Penal, de 8 de junio de 1822, *op. cit.*, p. 129 artículo 635, en referencia al tipo básico recogido en el artículo 634.

¹⁷³ *Ibid.*, artículo. 648: “El que voluntariamente hiera, dé golpes, ultraje o maltrate de obra a su padre, madre, u otro ascendiente en línea recta, conociendo quien es, y con intención de maltratarle, sufrirá en el caso del artículo 642 la pena de trabajos perpetuos; en los del 643 y 644 la deportación con infamia, y en los del 645, 646 y 647 la de seis a doce años de obras públicas, con igual infamia, y destierro perpetuo del lugar del

Por su parte, el artículo siguiente recogía como tipo cualificado la lesión cometida contra quien sea hermano o hermana, padrastro o madrastra, suegro o suegra, tío o tía carnal, o al amo con quien habite, o cuyo salario perciba, imponiendo pena agravada sobre los tipos básicos. Dentro de los supuesto de este artículo se incluye a "*la muger que á sabiendas hiera o maltrate de obra á su marido, siempre que lo haga por medio de personas sobornadas, o con alguna otra de las circunstancias de asesinato*"¹⁷⁴.

Se aprecia, pues como ya a principios del siglo XIX el legislador era consciente de la necesidad de establecer un *plus* de protección respecto de aquellas actuaciones delictivas que se desarrollaban en el seno de la unidad familiar. Muestra de ello son los artículos 648 y 649, los cuales han constituido la base sobre la que construir figuras jurídicas tendentes a proteger y reprochar los comportamientos ilícitos frente a personas que se encuentran unidas por vínculos íntimos, y que hoy en día tiene especial reflejo en los artículos 153 y 173, como luego estudiaremos.

II. Código Penal de 1848 y Edición Reformada de 1850

El Código de 1848 (en su versión oficial reformada de 1850¹⁷⁵) se estructuraba sobre tres Libros: I. Disposiciones generales de los delitos y faltas; II. De los delitos y sus penas; III. De las faltas.

Dicha estructura ha sido la utilizada hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, en la que han desaparecido las faltas, y con ellas el libro III.

Por su parte, el Código de 1850 recogía los delitos de lesiones en el capítulo IV del Libro II, el cual llevaba por rúbrica "De las lesiones corporales".

A diferencia del Código de 1822, y del Código actual, el Código de 1850 no regulaba un tipo básico para después desarrollar los subtipos agravados o atenuados, sino que

delito y veinte leguas en contorno".

¹⁷⁴ *Íbid.*, artículo 649. Redacción original.

¹⁷⁵ Real Decreto *por el que se refunde el código penal*, publicado el 30 de junio de 1850, referenciado anteriormente.

enumeraba distintos comportamientos constitutivos de delito de lesiones, diferentes entre sí; de este modo, los artículos 341, 342 y 345 hacían mención a las lesiones causadas con propósito de castrar, a las causadas con propósito de mutilar o a las que son fruto de envenenamiento.

El artículo 343, por su parte, sí mencionaba un comportamiento básico digno de represión, como era el de quien voluntariamente golpeare o maltratare de obra a otro, graduando la pena en función del resultado causado (con pena de prisión si de resultas de las lesiones quedare el ofendido de mente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro o notablemente deforme; con la de prisión correccional si las lesiones produjeron al ofendido enfermedad o incapacidad para trabajar por más de 30 días).

Para lo que a nuestro estudio interesa, es destacable el último apartado del artículo 343, que preveía una pena mayor ya no por razón del resultado causado, sino en función de la condición de la víctima, remitiendo, para enumerar las mismas, al artículo 332.

Dicho artículo se refería al padre, madre, hijo (legítimos, legítimos o adoptivos), ascendientes, descendientes legítimos y al cónyuge.

Así pues, a pesar de no existir protección especial para las víctimas de violencia de género, disponían de una regulación especial para ellas, comprendidas - eso sí- en un grupo más amplio, pues se incluían familiares directos y también los maltratos habidos al cónyuge cuando este era hombre, ya que la terminología del artículo hablaba de “cónyuge”, sin definir el sexo del mismo, recordando en cierto sentido al artículo 173.2 del Código Penal actual.

Sin embargo, recogía una excusa absolutoria en favor del esposo y que no se daba para el caso contrario: el artículo 348 expresamente exoneraba al hombre de pena por las lesiones graves causadas a su esposa si la sorprendía en adulterio.

III. Código Penal de 1870

El Código de 1870 no establecía especialidades respecto de esta figura delictiva, debiendo destacar que, mientras que el Código de 1850 rubricaba como “lesiones corporales” las hoy entendidas como lesiones en su tipo básico, el código de 1870 modificó esta rúbrica, eliminando el adjetivo “corporales”, posiblemente por considerarlo

superfluo, dado que en el tipo básico se mantuvo la caracterización de la acción en la misma forma que en los códigos anteriores y posteriores (herir, golpear, maltratar de obra). La necesidad de una incidencia corporal resultó, en todo caso, obvia durante la vigencia de los textos legales que rigieron hasta 1983¹⁷⁶.

IV. Código Penal de 1932

El Código de 1932¹⁷⁷ advierte, en su Exposición de Motivos, sobre la necesidad de incorporar a las normas penales el principio de igualdad de sexos proclamado en la Constitución.

Por lo que respecta a las lesiones, vienen reguladas en el capítulo IV del Título XIX del Libro II del Código, en los artículos 421 a 430.

Poco modifican los preceptos que introdujo el código de 1848, pues sigue manteniendo la casuística del Código del 1850 referido a castración, mutilación o envenenamiento¹⁷⁸.

El artículo 423 recogía, como lo hacía el 343 del Código de 1850, las lesiones producidas en función del resultado, y hace referencia a una agravación de la pena en caso de que la víctima fuera padre, madre, hijo, ascendientes, descendientes (legítimos o ilegítimos) o a su cónyuge, remitiendo al artículo 411.

Por tanto, podemos concluir que, en lo que a las lesiones respecta, no existía especialidad más que la ya apuntada en el código de 1850, sobre las lesiones producidas cuando la víctima tenga con el agresor la relación antes referida.

Por su parte, el Código de 1944, redactado muy poco tiempo después, pero en un clima político y social totalmente distinto, mantiene los preceptos esenciales del delito de lesiones, por lo que no se añade mayor comentario sobre este texto.

V. Texto Revisado del Código Penal, de 1963

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales espaciales y complementarias*, Ed. la Ley, Madrid, 2007, p. 364-365.

¹⁷⁷ *Ley autorizando al Ministro de este Departamento para publicar como Ley el Código Penal reformado*, de 5 de noviembre de 1932, referenciado anteriormente.

¹⁷⁸ *Ibid.*, arts. 421, 422 y 424 respectivamente.

El Código Penal de 1963¹⁷⁹ regulaba los delitos de lesiones en el capítulo IV del Título VIII del Libro II, en los artículos 418 a 427. No presentaba especialidad alguna respecto de los Códigos anteriores, matizando si acaso alguna pena, pero manteniendo la tónica casuística y la penalidad en función del resultado de la lesión.

Como novedad mencionar que el texto detallaba, en un artículo propio, las lesiones menos graves causadas a padres, ascendientes, tutores, maestros o personas constituidas en dignidad o autoridad pública.

VI. *Texto Refundido del Código Penal, de 1973*

El Código de 1973¹⁸⁰ supuso una revisión de los delitos y sus penas, que quedó plasmados en el Decreto 3096/1973. Por lo que respecta a las lesiones, no sólo mantuvo la misma estructura y ubicación, sino que continuó empleando el mismo enumerado de artículos, por lo que no podemos hablar de la incorporación de ninguna novedad respecto del tipo delictivo estudiado en este apartado.

VII. *Código Penal de 1995*

El Código Penal de 1995¹⁸¹ se erige como eje de la adaptación positiva a los valores constitucionales, culminando así los distintos intentos de reforma del antiguo Código Penal que venían produciéndose desde la instauración del régimen democrático.

La propia Exposición de Motivos aclaraba que no se pretendió, con la publicación del Código, realizar una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil, siendo consciente de que el trabajo se había limitado a exponer un punto de partida, y serían las fuerzas políticas y todos los ciudadanos los que colaborarían en la tarea de su perfeccionamiento.

Claro ejemplo de esta intención es el delito de lesiones, que ha sufrido distintas modificaciones en los veinte años de vida del Código Penal.

Viene regulado en el Título III del Libro II.

¹⁷⁹ Decreto 691/1963, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal, referenciado anteriormente.

¹⁸⁰ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

¹⁸¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

La redacción originaria partía del artículo 147, estableciendo que *1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. 2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.*

En la redacción original del Código Penal del 95 no existía mención expresa a la especialidad en el supuesto en que la víctima lo fuera de violencia de género, por lo que las lesiones se tramitaban según el precepto básico o cualificado, atendiendo a las particularidades del caso.

La figura delictiva de las lesiones sufriría modificaciones por las leyes Orgánicas 11/2003, 15/2003, 1/2004 y 1/2015.

I) La reforma de La Ley Orgánica 11/2003¹⁸² introdujo dos cambios importantes en el tipo básico del artículo 147: el primero relativo a la consideración como delito de los actos constitutivos de falta del 617 cuando se hubieran producido cuatro veces en un año. No aclaraba si había de haberse dictado sentencias condenatorias, si éstas debían ser firmes o si se debían encontrar en fase de ejecución.

La segunda modificación afectaba a las lesiones de menor gravedad, modificando las penas a imponer.

II) La reforma operada por la ley Orgánica 15/2003¹⁸³ no ofrecía cambios sustanciales en el artículo 147.

III) La Ley orgánica 1/2004¹⁸⁴ introdujo un precepto fundamental a la hora de

¹⁸² Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

¹⁸³ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

¹⁸⁴ Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

estudiar la violencia de género, creando un castigo especial para el caso en que las lesiones se hubieran cometido hacia quien mantuviera o hubiera mantenido relación sentimental con el agresor, imponiendo penas más graves en caso que la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia¹⁸⁵.

IV) La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015¹⁸⁶ ha supuesto una modificación estructural del delito de lesiones, y su redacción es la vigente hasta el momento, por lo que procede el estudio de la misma en el apartado siguiente. El artículo 148, por contra, no resulta modificado, si bien debemos estudiar este precepto en relación con los anteriores, a fin de determinar el ámbito del delito de lesiones en materia de violencia de género.

3.1.3.- Análisis del tipo penal

I. Redacción actual y ubicación

El artículo 147 establece lo siguiente: *“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. 2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. 3. El que golpear o maltratase de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses. 4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 implica una variación

¹⁸⁵ Artículo 148. 4º, redactado según L.O 1/2004.

¹⁸⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

cuantitativa y en ocasiones cualitativa del tipo delictivo de lesiones.

La previsión y penalización de las lesiones se mantienen en el Título III del libro II del Código Penal, si bien, en cuanto a la ubicación y nomenclatura de las faltas de lesiones, previstas y penadas hasta su derogación en el artículo 617 Código Penal, quedan ahora integradas en el artículo 147 Código Penal, en los apartados 2 y 3 (el segundo sobre lesión no incluida en el apartado anterior, es decir, lo que hasta ahora se denominaba “lesión no constitutiva de delito”, y el apartado tercero, el golpe o maltrato sin causar lesión).

II. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en los delitos que vamos a estudiar es la integridad física y síquica de las víctimas de tales delitos.

III. Conducta típica y sujetos activo y pasivo

Podemos clasificar la conducta típica en función de distintos factores:

a) Por el ánimo del agresor: como adelantábamos en la parte general, la conducta típica conlleva necesariamente un ánimo de dañar, requisito indispensable para que pueda castigarse el delito como doloso y no como imprudente (artículo 152 del Código Penal), o como una tentativa de homicidio.

b) Por el resultado producido: atendiendo al resultado de las lesiones será de aplicación el tipo básico del artículo 147,1 Código Penal, los tipos atenuados de los párrafos 2 y 3, los tipos agravados de los artículos 149 y 150 Código Penal.

c) Por el sujeto pasivo sobre el que recae la acción: dependiendo de la condición de la víctima y de su relación con el agresor nos moveremos en los tipos comunes o en los tipos especiales de violencia en materia de género o familia (artículos 153 y 173 Código Penal, que analizaremos en apartados posteriores).

No hay especialidades respecto de la condición de sujeto activo de la acción, pudiendo cometerse por cualquier persona imputable.

Respecto del sujeto pasivo, en la comisión del delito de tipo básico no existe especialidad, si bien en caso de mujeres que estén o hayan estado unidas al agresor por

vínculo matrimonial o análoga relación sentimental, se aplicará directamente la agravación contenida en el artículo 148 Código Penal respecto al tipo básico del artículo 147.1 del Código Penal, de la misma forma que si la víctima es menor, incapaz o vulnerable.

En el caso de conductas contempladas en los párrafos 2 y 3 del artículo 147 Código Penal (lesiones leves o maltrato sin lesión), se aplicará el artículo 153 Código Penal en caso que la víctima sea o haya sido esposa o pareja del agresor.

IV. Lesiones comunes

i) Tipo básico del artículo 147

El artículo 147.1 Código Penal recoge el tipo básico de las lesiones, variando su redacción, respecto a la redacción existente hasta estos momentos, únicamente en lo que respecta al límite mínimo de la pena de prisión a imponer, que desciende de seis a tres meses.

De la misma manera que hemos venido comentando en la parte general, las lesiones que requieran un tratamiento médico o quirúrgico y que se hayan ocasionado en ámbito de violencia de género se regirán por lo dispuesto en el apartado primero del artículo 147.1 Código Penal, aplicándose por tanto este apartado tanto si los sujetos activos y pasivos son hombre-mujer con relación de pareja o expareja, como si no se encuentran en esta situación.

La especialidad en materia de violencia de género viene de la mano del artículo 148 Código Penal, no modificado por la LO 1/2015, el cual matiza el artículo anterior en casos particulares. En su apartado 4º establece lo siguiente: *Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: (...) 4. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

Este apartado se redactó a raíz de la LO 1/2004, a fin de adaptarse a la nueva normativa legal dada por la Ley Orgánica. De esta manera, los hechos constitutivos de delito previsto y penado en el Artículo 147 Código Penal quedan enmarcado como un delito común al que se aumenta la pena en caso de que el sujeto pasivo sea la esposa, o

mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

La imposición de esta agravante específica en materia de lesiones condiciona la pena, que eleva el límite mínimo a 2 años de prisión, frente a los tres meses del tipo básico, y el máximo, llegando hasta los 5 años. Sin embargo la aplicación de este apartado no es imperativa, pues el artículo 148 Código Penal establece que las lesiones (...) **podrán ser castigadas**, dando la posibilidad al juez de aplicar la agravante punitiva en función del *resultado causado o al riesgo producido*, siendo por tanto un problema de prueba y de existencia de indicios racionales que permitan determinar que, además de la relación sentimental entre el sujeto activo y pasivo, la conducta delictiva ha tenido especial incidencia en cuanto al resultado o el riesgo.

ii) *Tipos atenuados*

Los apartados 2 y 3 del artículo 147 vienen a regular lo que antes de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 se consideraban como *falta de lesiones*, contempladas en el artículo 617 del Código Penal.

El vigente apartado segundo se identifica con el antiguo artículo 617.2 del Código Penal. Castiga con pena de multa de uno a tres meses al que, *por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior*. El tipo modifica la pena prevista antes de la mencionada reforma, que se refería a penas de localización permanente de 6 a 12 días o multa de 1 a 2 meses.

Por su parte, el apartado tercero del artículo 147 de Código Penal viene a sancionar lo que antes de la reforma quedaba recogido en el artículo 617.2 del Código Penal, castigando con pena de multa de uno a dos meses al que *golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*. Varía la pena prevista antes de la reforma, que se refería a localización permanente de 2 a 6 días o multa de 10 a 30 días.

Los tipos atenuados previstos y penados en los apartados 2 y 3 del artículo 147 no serán de aplicación en el caso de violencia de género, pues el castigo por estas conductas cuando la víctima sea o haya sido esposa o pareja del agresor vendrá contemplada en el artículo 153 del Código Penal, como luego estudiaremos. Además el nuevo apartado 4º

del artículo 147, requiere denuncia previa para perseguir los delitos contemplados en los apartados 2 y 3 del artículo 147, mientras que este requisito no es exigible para perseguir los delitos que, manteniendo la conducta típica, recaen sobre mujer que sea o haya sido esposa o pareja del agresor, como veremos al estudiar el artículo 153.

iii) *Agravante del artículo 148*

Como ya se ha indicado, el artículo 148 Código Penal supone la concesión de un criterio facultativo, en el que la autoridad judicial, tras examinar el caso concreto, podrá optar por aplicar la pena dispuesta en el artículo 147.1 Código Penal o bien la agravante del artículo que ahora estudiamos.

El presente artículo prevé en su modalidad típica los medios empelados para ejecutar la misma, el modo de comisión para hacerlo y los sujetos pasivos sobre los que recae la acción, atendiendo igualmente al resultado causado o riesgo producido.

Así, el artículo 148 Código Penal establece lo siguiente: *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o al riesgo producido: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz. 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”* Este artículo fue incorporado, como hemos mencionado en las Consideraciones generales, por la Ley Orgánica 1/2004, pues hasta la fecha los actos constitutivos de lesiones eran tramitados, juzgados y castigados con arreglo al tipo básico (o agravados de los artículos 149 y 150), pero sin establecer especialidades en materia de violencia de género. Así, la Ley 1/2004, indicaba, en su Exposición de Motivos, que *en su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga*

*relación de afectividad, aun sin convivencia*¹⁸⁷.

El Tribunal Constitucional, en particular, en la sentencia 45/2010 de 28 de julio de 2010, aclara que en las hipótesis en que un hombre agrede o lesione a una mujer será el juez quien deberá dirimir si, en el caso particular, se trata o no de violencia de género (interpretada como se señaló anteriormente, esto es, como aquella que es resultado de una discriminación de un hombre contra una mujer, del género masculino contra el femenino), tomando en consideración el carácter de las lesiones producidas y la existencia, en el caso concreto, de una discriminación contra la mujer. En ese sentido, entiende el Tribunal Constitucional que debe tenerse en cuenta que no toda agresión contra una mujer puede considerarse, desde un punto de vista jurídico, fruto de una forma de discriminación o el ejercicio de una forma de poder o dominio del hombre contra una mujer que justifique la aplicación de una pena más grave como la prevista en el precitado artículo 148. 4. Considera el Alto Tribunal que *“la agravación recogida en el art. 148.4 del Código Penal es de aplicación facultativa para el órgano judicial, debiendo atenderse para ello «al resultado causado y al riesgo producido», lo que exige, junto al requisito de que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor, que los hechos expresen un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. En este sentido, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado, no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se aprecia tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado”*¹⁸⁸.

Expone MAUGERI que la doctrina española propone, en general, para interpretar las circunstancias agravantes en cuestión a la luz de la razón expresada en el art. 1, c. 1 de la Ley contra la violencia de género, la afirmación del principio de la igualdad como la

¹⁸⁷ Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *op. cit.*, Exposición de Motivos III.

¹⁸⁸ MAUGERI, A. M., “El Stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación”, Sección Doctrina, Revista Penal núm. 38, Ed. Tirant lo Blanch, julio de 2016, p. 22, citando la STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9.

prohibición de la discriminación, en el sentido de que las circunstancias agravantes deben aplicarse sólo cuando la conducta de la violencia es una manifestación de la discriminación, en una situación de desigualdad y dominación del hombre o mujer dirigida a establecer ese dominio (art 1.1.); «la excepcional legitimación de las normas discriminatorias de sanción de prisión se alcanza, así, con el apoyo de la idea de la igualdad sustancial, del mandato constitucional de prosecución de la misma (art. 9.2 CE) y de la parificación como una de las finalidades del mandato antidiscriminatorio, que no sólo tiene la vertiente negativa de la proscripción de ciertas diferenciaciones, sino como específica excepción a la anterior, también la positiva de la licitud de algunas de ellas”¹⁸⁹.

V. Resultados graves

Los artículos 149 y 150 Código Penal suponen una agravación en las penas en función del resultado de las lesiones, esto es, de la pérdida o anquilosamiento de órganos o miembros, diferenciando si estos eran o no principales a la hora de graduar las penas.

El artículo 149 Código Penal establece *“1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años; 2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Tutela, curatela, guarda o acogimiento por el tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.*

Por su parte, el artículo 150 Código Penal contempla los casos de pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, castigando tales conductas con la pena de prisión de tres a seis años.

Estos artículos no conllevan especialidad en los casos de violencia de género,

¹⁸⁹ *Íbid.*, p. 22, citando a LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentarios a las Sstc 59/2998, 45/2009, 127/2009 y 41/2010”, en *Rev. España de Derecho Constitucional*, 2013, pp. 329 y ss-369.

pudiendo, no obstante, aplicar la agravante genérica del artículo 22.8 del Código Penal, que establece como agravante en su apartado 4º el cometer lo hechos (entre otros) por razón de género.

VI. Lesiones por imprudencia

La reforma del Código Penal, al eliminar el Libro III referido a las Faltas, conlleva la necesidad de modificar el artículo 152 Código Penal a fin de recoger conductas relacionadas con lesiones imprudentes que hasta ahora eran consideradas como faltas y que pasan a considerarse delitos a partir de la entrada en vigor de la reforma.

Así, el nuevo artículo 152 del Código Penal, que exige denuncia previa, castiga dos tipos de conductas:

a) Las que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en los artículos 147.1, 149 ó 150 Código Penal, en atención al riesgo creado y el resultado producido, imponiendo pena de prohibición de conducción o tenencia de armas si los delitos se cometen por alguno de estos medios, o inhabilitación para ejercicio profesional, oficio o cargo si se han causado por imprudencia profesional

b) Las que por imprudencia menos grave causaren alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 Código Penal será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses, previendo igualmente la prohibición de conducción y uso de armas en caso de que el delito se haya perpetrado por alguno de estos medios.

Esta figura delictiva no conlleva especialidad en materia de violencia de género, debiendo tramitarse conforme a los preceptos generales.

3.2.- Delito de lesiones leves o maltrato: Artículo 153 del Código Penal

3.2.1.- Consideraciones generales

El Código penal de 1995, aun manteniendo la misma estructura formal que sus antecesores, se caracteriza por incluir entre su articulado innovaciones y desarrollo legislativo de materias que hasta ahora no se encontraban recogidas en los textos legales, o lo hacían desde una perspectiva general.

El Código afronta la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser¹⁹⁰.

En el primer sentido, merece destacarse el detalle que el Código presenta en relación con los distintos tipos delictivos referentes a las lesiones: en el Título III del Libro II se recogen tipos delictivos de lesiones que van desde el tipo básico a los agravados por resultado, lesiones por imprudencia o las leves en contextos determinados.

Esto es el resultado de una evolución no solo legal, sino política. Como ya hemos analizado, a lo largo del siglo XX, y en especial en su segunda mitad, las políticas internacionales y los acuerdos a nivel europeo y mundial se preocupan de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y hacen especial hincapié en la protección de esos mismos derechos cuando las víctimas son personas especialmente vulnerables, entendiendo como tales aquellos colectivos que han visto mermados sus derechos frente a otros que se han posicionado en condiciones de superioridad de cualquier punto injustificada.

En la redacción del Código de 1995, el legislador no se limitó a enumerar los actos constitutivos de lesiones, sino que diseñó un campo penal en el que quedaron definidos los hostigamientos físicos y síquicos hacia las personas. Así, hizo diferenciación en función del sujeto activo y pasivo, del resultado lesivo, de la gravedad de las mismas, y del papel que desempeñaba el consentimiento en las lesiones. La Ley Orgánica 1/2015 ha añadido a este elenco las medidas a imponer en caso de que la víctima sea alguna de las personas que menciona el artículo 173. 2 del Código Penal¹⁹¹.

En este apartado vamos a hacer referencia a un tipo de lesiones específico, regulado en el artículo 153 y concordantes, que viene referido a la lesión no constitutiva de delito (si hablamos en términos de antes de la reforma de LO 1/2015), o lesión de

¹⁹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *op. cit.*, Exposición de Motivos.

¹⁹¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, *op. cit.*, artículo Único. Ochenta y cinco.

menor gravedad (si hablamos de términos presentes tras la entrada en vigor de esta Ley).

La particularidad del artículo 153 del Código Penal radica en que, frente a disposiciones genéricas que atienden a la gravedad del resultado para imponer la pena por el delito cometido, se presta especial atención a las condiciones particulares de la víctima y a su relación con el agresor.

Nos encontramos aquí con un tipo delictivo de propia mano, ya que la conducta delictiva hace referencia a un *menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 Código Penal, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*, en los que el autor ha de ser necesariamente el esposo u hombre que esté o haya estado ligado a la mujer por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia y el sujeto pasivo será la mujer sobre la que se ejerce la violencia (Artículo 153.1 Código Penal).

¿Por qué decimos que se trata de un delito *de propia mano*? Porque la conducta delictiva descrita en el primer apartado del artículo 153 Código Penal sólo será encuadrable en materia de violencia de género, pues en caso de que el menoscabo o lesión sean de menor gravedad o fuera maltrato sin lesión, y se diera entre personas que no estén en la situación de cónyuges o relación sentimental actual o pasada, nos encontraríamos ante un delito de violencia doméstica, previsto y penado en el artículo 153.2 Código Penal, o bien ante un delito menos grave, previstos y penados en los apartados 2 y 3 del artículo 147 Código Penal, si no existiere relación de parentesco entre las partes.

El artículo 153 Código Penal en su redacción original se consideró insuficiente en el Preámbulo del Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado por el Consejo de Ministros en 1998, lo que llevó a la modificación de dicho artículo así como los artículos 33, 39, 48, 57, 83 y 105 del Libro I Código Penal, y los artículos 617 y 620 del Libro III Código Penal. Para “*lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos*”, a la par que otorgar una mayor protección a las víctimas de tan deplorables conductas.

Al mismo propósito respondió la regulación efectuada por la Ley 11/2003,

incrementando de manera coherente y proporcionada la penalidad e incluyendo todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido, según su Exposición de Motivos, siendo determinante la modificación realizada a consecuencia de la LO 1/2004, reformando los artículos 83, 84 y 88 del Libro I Código Penal, así como los artículos 153, 171, 172 y 468 del Código Penal del Libro II del Código Penal y el artículo 620 del Libro III del Código Penal.

3.2.2.- Origen y evolución legislativa

I. Código Penal de 1822

Por razones obvias, no podemos encontrar en el articulado del Código de 1822 referencia alguna sobre maltrato a la esposa, pareja o expareja en los términos que recoge hoy en día el artículo 153.1.

Ello no quiere decir que los malos tratos del hombre hacia su esposa no estuvieran recogidos en el Código, pero se incorporaron al mismo haciéndolo de manera genérica, es decir, sin distinción de la pena por razón de la relación entre las partes.

De esta manera, el artículo 612 establecía lo siguiente: *“Tendráse por maltratamiento de obra , y será castigado de la propia manera segun el daño que resulte y las á sabiendas , y con intencion de hacerle daño , siempre que efectivamente le resulte alguno¹⁹²”,* requiriéndose para la perfección del ilícito penal una conducta positiva -es decir, un efectivo maltrato-, un *animus damnadi*, tendente a buscar la lesión de la víctima, y un resultado lesivo.

En el artículo 649 del Código Penal encontramos la figura delictiva del maltrato de obra agravado, condicionado por el sujeto pasivo al que va dirigida la acción¹⁹³. En

¹⁹² En su redacción original.

¹⁹³ Artículo 649: *“El que del mismo modo hiera ó maltrate de obra á su hermano o hermana , padrastra ó madrastra , suegro o suegra , tío o tía carnal , ó al amo con quien habite , o cuyo salario perciba , si incurriere en caso que según los artículos precedentes merezca pena de obras públicas ó reclusión , sufrirá dos años mas que si cometiere el delito contra una persona estraña ; y si fuere caso de simple arresto, será de doble tiempo el que sufra. Compréndese en este artículo la muger que á sabiendas hiera o maltrate de obra á su marido , siempre que lo haga por medio de personas sobornadas , ó con alguna otra de las circunstancias de asesinato”* (en su redacción original).

concreto, el precepto reconocía que el maltrato de obra hacia personas relacionadas con el autor por nexo de familiaridad (ascendientes, descendientes, colaterales, por consanguinidad o afinidad), o de confianza (amo o empleador).

Es conveniente mencionar el último inciso de dicho artículo, que castigaba expresamente con las penas comprendidas en el mismo a la mujer que hiriera o maltratara al marido, siendo necesario el conocimiento expreso de la acción (a sabiendas), dándose la particularidad que el artículo no recogía los casos de maltrato del marido hacia la mujer, ni en el primer inciso, donde se detallaban las relaciones familiares que podían dar lugar a la formación del sujeto activo y pasivo del delito, ni en el último inciso, que como decimos, sólo venía referido a la mujer que cometía la acción delictiva, pero no al revés.

II. Código Penal de 1848 y Edición Reformada de 1850

El Código del 48 (y su edición reformada) siguió la línea punitiva iniciada por el Código anterior, y no modificó sustancialmente los delitos relacionados con maltrato en ámbito familiar. Seguimos sin encontrar visos de protección a la mujer en casos de violencia, que no llegarían hasta más de un siglo después.

La especialidad en maltrato, y lo que podemos incluir como un precedente del artículo 153 (aunque más bien en su apartado segundo, referido a la violencia hacia familiares), lo encontramos en el artículo 483, el cual imponía un castigo de 3 a 156 días de arresto y represión a *“el marido que maltratara a su mujer no causándole (sic) lesiones de las comprendidas en el 484.4, y la mujer desobediente a su marido que le provocare o injuriare”*. Cabe decir que no encontramos en el Código Penal un precepto semejante para referirnos a los malos tratos de la mujer hacia el hombre, tal vez sea porque en esa época ni se contemplaba esa posibilidad, o porque las lesiones causadas al hombre en estas circunstancias eran castigadas con penas contempladas para delitos de mayor relevancia penal.

III. Código Penal de 1870

El Código de 1870 seguía la estructura del anterior, y al regular las lesiones optaba por un modelo más casuístico, manteniendo la fijación de pena en función del resultado,

sin aportar elementos de juicio nuevo sobre las lesiones no constitutivas de delito (hoy se denominarían delitos leves) causadas a parientes y allegados.

IV. Código Penal de 1932

El Código de 1932 hacía mención a las lesiones menos graves (delitos leves, si usáramos la nomenclatura de hoy día), distinguiendo las lesiones que, aun presentando un resultado lesivo, no eran de entidad suficiente como para ser consideradas como delito (como regla general hoy en día diríamos que serán constitutivas de delito leve), de aquellos comportamientos ilícitos que conllevaban maltrato pero que no causaban lesión.

Si atendemos a la estructura actual del Código Penal, -- antes y después de la reforma--, comprobamos que tanto las lesiones menos graves como el maltrato de obra sin causar lesión quedaban recogidos en el mismo artículo (aunque en párrafos separados). Sin embargo, si atendemos al articulado de 1932, las lesiones leves y el maltrato de obra estaban referenciados en artículos separados (con particularidades que ahora veremos).

Así, el artículo 578 del Código de 1932 describía los comportamientos delictivos que causaban resultado lesivo leve, castigando con arresto o represión “1.º- *Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales ni exijan asistencia facultativa*”. Hemos apuntado en otras ocasiones que no existe un reconocimiento expreso de violencia de género hasta casi llegar al siglo XXI, si bien no podemos pasar por alto la emisión que el artículo 578 Código Penal 1932 hacía en su apartado segundo, castigando a *Los maridos que maltrataren a sus mujeres aun cuando no les causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior* (es decir, las referidas al impedimento para realizar su labores habituales). En este caso, por tanto, se estaba reconociendo una conducta delictiva de *propia mano*, ya que el sujeto activo había de ser necesariamente un marido que atentara contra la integridad física de su esposa.

Este segundo punto no regulaba una pena distinta a la recogida en el primero de los apartados, sino que remitía a la pena prevista para el punto primero (que recogía la conducta general). En cuanto a la conducta delictiva, tenía cabida tanto la recogida en el

punto primero, como otra de menor entidad (*aun cuando no les causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior*), sin especificar exactamente qué conductas eran dignas de represión y cuáles no, dando lugar a cierta inseguridad jurídica al respecto.

El apartado tercero del artículo 578 castigaba a *Las mujeres que maltrataren de obra o de palabra a sus maridos*. A diferencia del punto segundo, en este caso se hacía referencia al maltrato de obra y de palabra, y parece que el legislador quiso relacionar este apartado con el artículo siguiente, cuyo primer apartado castigaba a *Los que golpearen o maltrataren a otro de obra o de palabra sin causarle lesión*. La pena a imponer variaba de un apartado a otro, y así, la mujer que maltratase de obra a su marido (se entiende sin causar lesión) sería castigada con pena de arresto o represión, mientras que el marido que maltratase de obra a su esposa sería castigado con las penas previstas para la norma general recogida en el artículo 579 y que remiten a arresto o multa.

V. Texto Revisado del Código Penal, de 1963

El Código de 1963 siguió la línea descriptiva y punitiva iniciada por el Código de 1932 respecto de las lesiones, y castigaba con arresto menor a *los que causaren lesiones que impidan al ofendido trabajar de unos 15 días, o haga necesaria por igual tiempo asistencia facultativa*¹⁹⁴. El artículo siguiente castigaba con pena de arresto menor y represión privada si las lesiones causadas *no impiden al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales, ni exijan asistencia facultativa*¹⁹⁵.

Como decíamos, en la línea del Código de 1932, el Texto Revisado de 1963 castiga a *Los maridos que maltrataren a sus mujeres, de las comprendidas en el párrafo anterior (artículo 583.2, haciendo referencia al artículo 583.1)*, guardando cierto parecido con el artículo 578.2 del Código de 1932, sin mencionar los casos de lesiones de menor gravedad, que las descritas, cosa que sí realizaba el Código del 32.

A continuación, el artículo 583 recogía el castigo de *Las mujeres que maltrataren de palabra o de obra a sus maridos*, castigando con la misma pena que en los apartados

¹⁹⁴ Decreto 691/1963, *op. cit.*, artículo 582.

¹⁹⁵ Decreto 691/1963, *op. cit.*, artículo 583.1.

anteriores esta conducta, debiendo hacer mención a que el maltrato de palabra o de obra del marido a la esposa no tenía cabida en el texto revisado, salvo que este maltrato pudiera incardinarse en lesiones comunes o falta de lesiones, sin existir especialidad al respecto, cosa que no sucedía a la inversa, como acabamos de apreciar con el apartado segundo del artículo 583.

VI. Texto Refundido del Código Penal, de 1973

No encontramos novedades en el articulado del Texto refundido de 1973, por lo que respeta a las lesiones, ni en el apartado de lesiones constitutivas de delito (como ya mencionamos al estudiar las mismas) ni en las lesiones menos graves, no existiendo igualmente ninguna disposición concreta que nos permita hablar de una apreciación legal sobre la violencia de género en este Código.

VII. Código Penal de 1995

El artículo objeto de estudio ha sido modificado hasta en cuatro ocasiones desde que en el año 95 se incorporara al Código. Hemos de analizar cada una de estas etapas, para llegar a la redacción final y a su posterior estudio.

a) Redacción original, con entrada en vigor el 24 de mayo de 1996 y vigente hasta el 9 de junio de 1999.

El artículo 153 recogía como conducta típica el comúnmente llamado *maltrato habitual*, siendo su redacción la siguiente: *El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.*

El artículo incorporaba el requisito de habitualidad, siendo los jueces los encargados de valorar este término, teniendo en cuenta criterios como los establecidos

en la jurisprudencia o los parámetros de las circulares Fiscales, pues no existía un concepto propiamente legal al que acogerse para determinar el número y/o gravedad de actos que se requería para apreciar la habitualidad; tampoco si era necesario el dictamen de sentencia o bastaba el procesamiento o incoación de diversas causas de esta naturaleza.

Por otro lado, el artículo reconocía la violencia física ejercida en el seno matrimonial o análoga relación, sin distinción en este aspecto pero circunscribiéndolo a situaciones sentimentales existentes, sin comprender por tanto las relaciones ya finalizadas. Recogía igualmente en el seno de protección a hijos y personas dependientes, ampliando así la estructura del sujeto pasivo a la familia *nuclear* o íntima.

En cuanto a las penas, imponía la de prisión, reconociendo el concurso con el resultado lesivo causado. En este punto podríamos debatir si se trata de concurso real, como parece desprenderse de la dicción literal del artículo, o medial, ya que la habitualidad en la violencia ejercida sería el medio para crear el resultado lesivo¹⁹⁶.

La intención de este artículo, como vemos, era la de castigar conductas humillantes y hostiles hacia miembros de la unidad familiar central, sin distinguir esta primera versión si la violencia era del hombre hacia la mujer o viceversa, por lo que quedaban enmarcadas en el tipo delictivo ambas clases, junto a la violencia ejercida sobre personas vulnerables insertadas en el núcleo familiar íntimo.

b) Redacción dada por LO 14/99¹⁹⁷, con entrada en vigor el 10 de junio de 1999 y vigente hasta el 30 de septiembre de 2003.

La Ley de 1999 centró su atención en la protección de víctimas en casos de malos tratos (en principio sin acoger medida concreta a las víctimas de violencia de género, término que, por otro lado, aún no se encontraba acogido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico penal), y la Exposición de Motivos de dicha ley así lo refirió, cuando

¹⁹⁶ El término “habitualidad” ha sido analizado anteriormente al hablar de la relación entre Violencia de Género y Violencia Doméstica, ver punto 2.1 del Capítulo I.

¹⁹⁷ Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 138 de 10 de junio de 1999.

recordaba que el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, incluía entre sus medidas determinadas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgaba una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas, como hemos tenido oportunidad de comentar anteriormente.

Tras la mencionada Ley, el artículo 153 quedó redactado de la siguiente manera: *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

Como elementos diferenciadores respecto a la redacción original del Código de 1995, apreciamos los siguientes:

i) *Incorporación de la violencia síquica a la conducta típica digna de represión penal*, con lo que la represión penal pasaba a recaer sobre violencia integral hacia la víctima, dejando así de contemplarse desde un punto de vista sectorial o parcial.

ii) *Respecto de los sujetos pasivos*, la Ley 14/1999 incorporó como tales a los miembros de relaciones sentimentales "pasadas". Además, la Ley mantuvo la alusión a la "situación de análoga relación de afectividad", con el problema que suponía el término "estable", otorgando cierto grado de discrecionalidad a los jueces a la hora de juzgar. Esta

problemática ya se venía dando desde la redacción original del artículo, en 1995¹⁹⁸.

iii) *Incorporación del acogimiento familiar como medida de inclusión en el núcleo familiar*, consiguiendo así establecer una protección integral y extensiva al núcleo familiar en concreto, y sumando, de esta manera, figuras jurídicas que se relacionan con la unidad familiar y que van siendo incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

iv) *Modificación del último inciso del artículo, referente a la norma concursal*: la reforma eliminó el castigo en función del resultado causado, imponiendo directamente el mismo por los delitos y faltas que se cometieran como consecuencia de la violencia física o síquica perpetrada. De lo dicho podemos deducir que la intención del legislador fue la de aplicar, en su caso, un concurso real de delitos.

v) *La nueva ley despejó la incógnita que creó la redacción anterior del artículo al añadir el término “habitualidad”*; el nuevo artículo 153 se ocupó de definir este concepto. Así, para que exista habitualidad se tendría en cuenta:

- 1) Número de actos de violencia que resultaran acreditados,
- 2) Proximidad temporal de los mismos.

No especificaba el artículo el concepto de *proximidad*, por lo que quedaba a criterio de jueces, en base a jurisprudencia u otros parámetros judiciales, la concreción del término y su consiguiente aplicación en la norma penal.

Introdujo un elemento importante, como fue que, a efectos de habitualidad, era indiferente que dicha violencia se hubiera ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, abriendo el abanico de posibilidades de aplicación de este término y dotando a los jueces de cierta discrecionalidad a la hora de

¹⁹⁸ Hoy en día no existe una definición exacta sobre el concepto de “análoga relación de afectividad”. Sobre esto, ver el Capítulo I, punto 2.3.1 sobre la Violencia de Género y las relaciones paralelas. La sentencia del Tribunal Supremo 1365/98, del 10 de noviembre, estableció que “*la idea de estabilidad supone una objetivación de la relación análoga, desconectándola del dato temporal de la duración propia de la permanencia y acercándola a la existencia de un proyecto común de convivencia duradero que no necesariamente debe tener como presupuesto una relación permanente, ya que sin la permanencia puede haber un proyecto común estable*”, resultando indiferente la duración de la relación de afectividad desde su origen, pues el mismo se refiere a la realidad de dicha relación que basta con que sea estable. La afectividad entre las partes debe presumirse teniendo en cuenta las relaciones parentales o de hecho descritas en el artículo 23 (esto último, redactado por sentencia 1074/02, de 11 de junio, STS 1074/02, 11-6).

aplicar el presente concepto.

c) Redacción dada por LO 11/2003¹⁹⁹, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2003 y vigente hasta el 25 de junio de 2005.

La Ley Orgánica 11/2003 supuso una revolución legislativa en la represión de conductas delictivas relacionadas directa o indirectamente con la violencia en el núcleo familiar, y concretamente en el apartado que nos ocupa, conllevaba la constitución de una nueva redacción del artículo 153, que desplazó parte de su contenido al nuevo artículo 173.

El nuevo texto disponía lo siguiente: *“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquica o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.*

La Exposición de Motivos de la mencionada ley fue clara cuando reconoció, en su punto III, que *el fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la*

¹⁹⁹ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

La Ley 11/2003 se preocupó de regular con detalle la violencia doméstica, y considerarla como un elemento fundamental a tener en cuenta en la comisión de hechos delictivos.

Además, la Ley mejoró el concepto de *habitualidad*, la sistemática y el círculo de víctimas sobre las que podía recaer la acción.

Consecuencia de esta ley es, como decimos, la modificación del artículo 153, que abandona parte de su contenido anterior a favor de un nuevo artículo 173 (objeto de estudio en apartado posterior).

De la reforma operada en dicho artículo cabe destacar:

i) La conducta típica contemplada en el nuevo artículo 153 (decimos nuevo porque, a pesar de mantener cierta semejanza y naturaleza con el anterior tipo, lo cierto es que se incorporó tal número de modificaciones que, en la práctica, el resultado fue un modelo delictivo de nueva creación), se perfeccionaba: a) por la acción consistente en causar por cualquier medio o procedimiento a otra persona un menoscabo síquico o una lesión no definidos como falta; y b) el maltrato de obra o la amenaza leve con armas y otros objetos peligrosos.

Vemos pues que eliminó de la conducta típica el requisito de habitualidad, que hasta la fecha se exigía para perseguir los delitos de esta naturaleza, y que pasó a estudiarse, preverse y castigarse en el nuevo artículo 173 del Código Penal.

En la nueva redacción, el artículo 153 castiga, como vemos, menoscabos síquicos, lesiones no constitutivas de delito, maltrato de obra sin lesión y amenazas leves con armas u objetos peligrosos. Estos comportamientos delictivos, que nombrados a en abstracto serían en su caso constitutivos de falta (hablamos de fechas anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2015 que elimina el libro III del Código Penal, recordamos), adquirieron naturaleza delictiva por razón de los sujetos a los que iban dirigidos, y que también fueron objeto de nueva redacción en base a la Ley Orgánica 11/2003.

ii) Conforme a la redacción anterior, los sujetos pasivos de la conducta delictiva prevista en el artículo 153 venían referidos a quien fuera o hubiera sido cónyuge o situación análoga estable, hijos, y otras personas especialmente vulnerables (siendo en alguno de esos casos necesaria la convivencia entre ellos).

La enumeración de los sujetos pasivos pasó a ser plasmada en el nuevo artículo 173.2 del Código Penal de la manera en que se venían enumerando hasta entonces en el artículo 153. Al enumerar las conductas delictivas, el artículo 153 reconocía que éstas serían constitutivas de delito cuando a ofendida fuera *“alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2”*.

Los sujetos pasivos contra los que se dirigía la acción delictiva no variaban en cuanto a su contenido; lo que se modificaba era la localización de su enumeración, pues antes de la reforma operada por la ley orgánica 11/2003 esta enumeración venía detallada en el artículo 153 y tras la reforma, los sujetos pasivos de la conducta típica quedaron enumerados por referencia directa al artículo 173.2 (que a la postre tenía el mismo valor en cuanto a la fijación de sujetos sobre los que se dirigía la acción, no presentando variación en este apartado).

iii) En cuanto a la pena a imponer, la nueva redacción del artículo 153 huyó del concurso real entre la violencia habitual y el resultado lesivo producido, eliminando este apartado, y fijando una pena de prisión cuyo margen era menor tanto en mínimos como en máximos, previendo la pena a imponer de tres meses a un año de prisión (en la composición anterior, la pena era de seis meses a tres años de prisión, y ello sin perjuicio de la que resultase por los daños efectivamente producidos). Además, la nueva redacción añadió la posibilidad de castigar estas conductas delictivas con trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días.

iv) Como novedad penológica, y siguiendo con el espíritu de la ley que ya se advertía en su Exposición de Motivos, exigía que en todo caso se privara al condenado del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años. Además, otorgaba al juez la potestad de inhabilitar temporalmente al penado del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

v) La reforma añadió un tipo agravado en el último inciso del artículo 153, estableciendo la imposición de las penas en su mitad superior en función de diversos factores:

1º) Por la protección de la infancia y de posibles víctimas directas o indirectas de la conducta delictiva: *“cuando el delito se perpetre en presencia de menores”*, los cuales podían no ser víctimas directas de la conducta delictiva, pero sí verse influenciados por la misma en caso de que presenciaran los hechos constitutivos de delito.

2º) Por los instrumentos empleados susceptibles de causar mal: *“utilizando armas, por la peligrosidad exponencial que supone el haber cometido el hecho delictivo mediante instrumentos de esta naturaleza”*. En este supuesto, habría que tener en cuenta que una de las conductas delictivas del artículo 153 era la amenaza con arma, por lo que, a la hora de aplicar la agravante recogida en el último inciso, deberíamos determinar si el arma usada se había usado únicamente para amenazar, lo que supondría aplicar el tipo básico del primer inciso, o si el arma se había empleado para causar el delito, en caso de las lesiones o el maltrato, en cuyo caso estaríamos en el supuesto agravado del último inciso del artículo 153 del Código Penal.

3º) Por el lugar en el que se desarrollaba la acción delictiva: *“que tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima”*, pues esta circunstancia favorecía un clima de intimidad y ocultación de los hechos delictivos por quedar fuera de alcance de terceras personas, dificultando los medios de prueba tendentes a la averiguación de los hechos.

4º) Por las conductas delictivas asociadas a la que se estaba cometiendo en el marco de este artículo: *“que se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*. La razón de ser de esta agravante radicaba en que las conductas propias del artículo 153 cometidas quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida de esta naturaleza (alejamiento, prohibición de comunicación con la víctima), suponía un añadido al padecimiento de la víctima, haciendo constar, además, el peligro exponencial de reincidencia y de peligrosidad que implicaba un sujeto que ya condenado o sobre el que pesa una orden directa de prohibición de acercamiento o comunicación, desobedeciera esta medida o pena para acercarse de nuevo a la víctima y atentar contra

sus intereses²⁰⁰.

d) Redacción dada por LO 1/2004²⁰¹, con entrada en vigor el 26 de junio de 2005 y vigente hasta el 30 de junio de 2015.

La Ley Orgánica 1/2004 es la piedra angular sobre la que se configura el actual panorama legislativo en materia de violencia de género.

A raíz de la entrada en vigor de dicha Ley, el artículo 153.1 del Código Penal quedó redactado como sigue: *“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior*

²⁰⁰ Aunque es objeto de estudio en otro apartado, debemos recordar que, aunque el quebrantamiento supone un delito contra la Administración de Justicia, los que se cometen incumpliendo una medida, orden o pena impuesta en el ámbito de violencia de género (y doméstica) están directamente ligados a la violencia misma, lo que ha hecho que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 otorgue a los juzgados de Violencia sobre la Mujer competencia para conocer de materias de quebrantamiento.

²⁰¹ Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, referenciada anteriormente.

cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

La ley anunciaba, en su Exposición de Motivos, la introducción normas de naturaleza penal, mediante las que se pretendía incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementara la sanción penal cuando la lesión se produjese contra quien fuera o hubiera sido la esposa del autor, o mujer que estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia²⁰².

Los detalles más significativos de la reforma operada por la LO 1/2004 fueron los siguientes:

- Se dejó fuera de la previsión del artículo 153 el delito de amenaza leve con armas u objetos peligrosos. Igualmente, modificó en algún punto la aplicación de penas o la posibilidad de aplicar el tipo atenuado, como veremos.

- En cuanto a la determinación de los sujetos pasivos la acción delictiva, la Ley trajo una serie de modificaciones, a fin de clarificar las personas sobre las que podía recaer la acción.

La razón de ser de esta modificación la encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 en su apartado II: *Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.*

La redacción anterior del artículo contemplaba como sujetos pasivos de la conducta delictiva a *quien fuera o hubiera sido su cónyuge o sobre persona que estuviera*

²⁰² *Ibid.*, Exposición de Motivos, apartado II.

o hubiera estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran.

La Ley 1/2004 desglosó el artículo 153 en cuatro apartados, delimitando claramente lo que se consideraba *violencia de género* (apartado primero), de la *violencia doméstica* (apartado segundo), y especificando el tipo agravado en caso de que la conducta delictiva se desarrollara en presencia de menores, con armas, en domicilio familiar o quebrantando pena del artículo 48, medida de seguridad o cautelar (apartado tercero, ya introducido por la reforma anterior), y el tipo atenuado potestativo (previsto en el apartado cuarto).

Centrándonos en los dos primeros apartados, el artículo 153 pasó a diferenciar, tras la reforma, la violencia de género de la doméstica. De esta manera, el primer apartado contemplaba como sujetos pasivos a *“quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*, imponiendo pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, así como privación al derecho de tenencia y porte de armas y en su caso inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Mientras, el apartado segundo preveía como sujetos pasivos las personas contempladas en el artículo 173.2 exceptuando las enumeradas en el apartado anterior. Por tanto, la violencia ejercida por la que fuera o hubiera sido esposa o pareja hacia el hombre queda embebida en este segundo apartado, no en el primero, quedando éste para la violencia ejercida por quien fuera o hubiera sido el marido o pareja de la víctima o persona especialmente vulnerable.

Las penas a imponer también eran distintas, siendo menores en el segundo apartado, ya que en la pena de prisión el límite es menor (3 años), siendo el límite mayor superior el mismo (un año). La pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas era la misma que en el caso anterior, y el límite para la inhabilitación de patria potestad y figuras análogas tenía un límite máximo menor (de tres años).

Como decíamos, la explicación de la diferenciación del desglose operada en este artículo obedecía a los criterios expuestos por la Ley orgánica 1/2004. De esta manera, la mujer quedaba protegida singularmente frente a los casos de violencia de género. Ello no significaba que anteriormente al dictamen de esta ley la misma no se encontrara protegida, pues sí lo estaba, pero no de manera diferenciada, quedando su situación incluida en sujetos pasivos vulnerables, dignos de protección especial, pero con diferentes características a la mujer víctima de violencia de género.

Ya hemos estudiado las características propias de la violencia constitutiva de género, y no nos vamos a extender en este apartado sobre ello, siendo únicamente necesario señalar que esta ley dota de carta de naturaleza a la violencia ejercida hacia la que es o ha sido esposa o pareja del agresor, contemplando medidas y penas específicas que obedecen a las especiales características y el contexto en el que se desenvuelve la acción delictiva.

e) Redacción actual, dada por LO 1/2015²⁰³, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

La última reforma operada en este artículo deviene de la Ley Orgánica 1/2015. Dicha reforma mantiene el espíritu y la estructura de la versión anterior.

A consecuencia de la publicación de dicha Ley, el artículo 153 queda redactado como sigue: *“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando*

²⁰³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Las modificaciones se centran en adaptar la nomenclatura a la nueva realidad penal, como es la desaparición de las faltas, la creación de la figura de los delitos leves, la diferenciación entre lesiones menos graves y graves y la sustitución del término *incapaz*.

En consecuencia, el primer párrafo del artículo 153, al referirse a la primera de las conductas típicas constitutivas de delito, mantiene la misma (“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión”), y viene a sustituir el término “no definidos como delito en este Código” por este otro: “de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147”

La segunda puntualización que realiza la reforma es la sustitución de la persona *incapaz* por la de *persona con discapacidad necesitada de especial protección*, cuando se refiere a la posibilidad de que el juez o tribunal, si lo estime adecuado, pueda decretar la

inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años en interés del menor o de persona en la situación antes descrita.

3.2.3.- Análisis del tipo penal

I. Redacción actual y ubicación

El artículo 153 se encuentra ubicado en el Título III del Libro II, relativo a las lesiones, constituyendo por tanto una especialidad respecto del tipo básico y los detalles que apreciábamos en el apartado de lesiones.

Como adelantábamos en el apartado anterior, la redacción actual del artículo no ha variado sustancialmente respecto de la anterior, limitándose la actividad del legislador a adaptar la terminología según las últimas modificaciones, esto es, la eliminación del término *faltas*, y de la palabra *incapaz*.

II. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en los delitos que vamos a estudiar se centra en la integridad física y síquica de las víctimas de tales delitos, pero, a diferencia de los delitos de lesiones del apartado anterior, en este caso no cualquier persona puede ser víctima de los delitos contemplados en este artículo, sino los comprendidos en el artículo 173, como vamos a comprobar a continuación²⁰⁴.

III. Conducta típica y sujetos activo y pasivo

La conducta típica viene descrita en el primero de los apartados del artículo 153 Código Penal, y se refiere al que *por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 Código Penal, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión*.

De la lectura de este apartado podemos concluir que se trata de la misma conducta

²⁰⁴ Asimismo, diferenciaremos el tipo aplicable en función de los sujetos intervinientes, pues el artículo 153 del Código Penal prevé distintas consecuencias penales en función del sujeto pasivos sobre el que recaiga la acción.

típica referida en los apartados 2 y 3 del modificado artículo 147 Código Penal.

Por tanto, la especialidad y razón de ser del artículo la encontramos, no en la conducta típica, si no en los sujetos sobre los que recae la acción.

De la misma manera que en el apartado anterior, la conducta típica conlleva necesariamente un ánimo de dañar, y el agresor debe ser esposo, pareja, ex esposo o expareja de la víctima (en el caso del primer apartado del artículo 153 Código Penal), o pariente o persona cercana a la víctima (153.2 Código Penal).

El primer apartado viene referido a las víctimas en materia de violencia de género, lo que supone fijar un delito *de propia mano*, en la que la acción va dirigida directamente sobre la mujer por parte de quien es o ha sido su pareja o esposo²⁰⁵.

La razón de ser del artículo 153 Código Penal, así como los de su misma tipología (es decir, los delitos de propia mano), radica en la necesidad de una especial protección que merece la víctima de violencia de género, contribuyendo dichas reformas a confeccionar un marco de protección añadido para los casos de violencia contra la mujer, y suponiendo este bien como el jurídicamente protegido en el primero de los apartados.

El sujeto pasivo del segundo apartado, por el contrario, viene referido a las consecuencias por el atentado a personas que, requiriendo una especial protección, se ubican en el ámbito familiar del agresor, ya sea por parentesco, por vulnerabilidad o por ser la víctima pareja del agresor presente o pasada en los casos no comprendidos en el supuesto del apartado primero²⁰⁶.

IV. Análisis del tipo

i) Tipos básicos de los apartados 1 y 2 del artículo 153

La reforma operada por la LO 1/2015 viene a consignar lo ya dispuesto en leyes anteriores, manteniendo la diferenciación de trato penológico entre las lesiones menos

²⁰⁵ Este apartado prevé las mismas consecuencias penales para el caso en que la víctima sea una persona “especialmente vulnerable”.

²⁰⁶ Esto es, parejas o ex parejas del mismo sexo, parejas o exparejas en los que la agresión es de la mujer hacia el hombre.

graves o el maltrato sin lesión atendiendo a que la víctima sea mujer con quien el agresor haya estado o esté unido sentimentalmente (de aplicación el artículo 153.1 Código Penal), sean parientes (aplicación del artículo 153.2 Código Penal) o extraños entre sí (aplicación el artículo 147. 2 y .3 Código Penal).

Debemos tener en cuenta que los comportamiento referido en los dos primeros apartados de este artículo son constitutivos de delito para los casos de violencia de género (primer apartado) o de violencia doméstica (segundo apartado), pudiendo imponer una pena de prisión de seis meses hasta 1 año en casos de violencia de género y de tres meses a un año en violencia doméstica, trabajos en beneficio de la comunidad, privación de tenencia y porte de armas hasta 3 años e incluso la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años (de seis meses a tres años en casos de violencia doméstica).

Sin embargo, las mismas conductas desarrolladas en un contexto que no sea violencia de género o doméstica vendrán recogidas como delitos menos graves del artículo 147.2 o .3, según los casos, y la pena a imponer será de multa de 1 a 2 meses. La diferencia en cuanto a penas se refiere está clara; la conducta recogida en el artículo 153 obedece a un bien jurídico protegido especial, como es la víctima de violencia de género, cosa que no ocurre en el artículo 147.2 y .3 del Código Penal.

ii) Lesiones agravadas

El apartado 3 del artículo describe casos concretos en las conductas descritas en los tipos básicos conllevan un aumento penológico, enumerando distintos casos:

- Aumento de pena en caso de presencia de menores, existiendo riesgo y peligro para los mismos, al encontrarse en un escenario de violencia sin que tengan medios suficientes para escapar o defenderse. Podemos interpretar que la ley pretende castigar con ello los ataques contra la integridad moral que puede padecer un niño que, no siendo sujeto pasivo directo de la agresión producida, soporta las consecuencias percibiendo directamente episodios de agresión en el ámbito familiar, ya sea sobre su madre o sobre parientes o allegados (supuestos de los dos apartados)

- Agravación de la pena en caso de que se utilice armas: la conducta delictiva se

desarrolla con medios o instrumentos peligrosos que tienden a facilitar el resultado o suponen un riesgo de que el resultado de la conducta delictiva sea más grave.

- Agravación de la pena en caso de que el hecho delictivo se desarrolle en el domicilio familiar, siendo éste el marco por excelencia donde tiene lugar la violencia de género: una esfera reducida a la intimidad de dos personas, dentro del cual es sumamente difícil que la víctima cuente con ayuda de terceras personas para escapar o denunciar la violencia.

- Agravación en casos de quebrantamiento de pena o medida cautelar; en estos supuestos la pena se agrava por la comisión real (en caso de quebrantamiento de pena) o presunta (en caso de transgresión de medida cautelar) de un hecho constitutivo de violencia de género. Por ello, constando o temiendo que existan antecedentes en materia de violencia de género, y con una causa judicial terminada o en curso contra el agresor, el peligro de lesión del bien jurídico protegido aumenta considerablemente.

iii) Lesiones atenuadas

El artículo 153 Código Penal establece en su último apartado la posibilidad del Juez o Tribunal de imponer la pena inferior en grado, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho.

Aquí, a diferencia del tipo anterior de lesiones, partimos de la imposición penológica determinada, y será el juez el que de manera motivada la *podrá rebajar*. En cambio, recordamos que en el caso de las lesiones agravadas por ocurrir en el marco de violencia de género, el artículo 148 del Código Penal parte de la pena contemplada en el tipo básico y da la posibilidad al juez de que *aplique la agravante del artículo 148.4 del Código Penal en atención al resultado causado y o al riesgo producido*.

Se hace necesario valorar cuál ha sido el comportamiento real y querido por el autor de tales hechos. La posible aplicación del apartado 4º de este artículo remite al Juez para establecer un equilibrio entre la conducta realizada, las circunstancias personales del autor y las que hayan concurrido en la perpetración de los hechos, facultando al Juez para imponer la pena inferior en grado a la del apartado aplicable, y ello ponderando las circunstancias expresadas en el párrafo cuarto del artículo.

3.3.- Delito de amenazas: Artículo 171 del Código Penal

3.3.1.- Consideraciones generales

Las amenazas en ámbito de violencia de género no constituyen un delito propio, sino que vienen incardinadas en el delito genérico (o de tipo ordinario) de amenazas. Es más, actualmente, a raíz de la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, el artículo que vamos a estudiar contempla la totalidad de la escala de gravedad del tipo delictivo de amenazas: tras la modificación de la mencionada ley, ya hemos anunciado que desaparece el libro II del Código Penal, y con él las faltas. El antiguo artículo 620 pasa a quedar integrado en el artículo 171, en el que se recogen las amenazas de menor gravedad pero que contempla una casuística variada²⁰⁷.

Tras su lectura, podemos encontrar amenazas de un mal que no constituya delito, diferenciando si ésta es condicional o no, y sin consideración a la particularidad del sujeto activo o pasivo; el artículo exige penas mayores si la amenaza es la revelación de datos personales o pertenecientes a la esfera personal, conducta típica cuya incardinación en el delito de coacciones podría ser discutible; a continuación, el precepto se refiere ya a las amenazas leves a quien sea o haya sido esposa o mujer pareja (decimos mujer porque este apartado no viene referido a la violencia doméstica, sino a la propia de género). Posteriormente, el tipo se centra en definir la conducta típica que detalla las amenazas leves con uso de armas u otros objetos igualmente peligrosos (ex artículo 620.1 del Código Penal), para terminar haciendo referencia al antiguo artículo 620.2 primer inciso, sobre la amenaza en el ámbito doméstico, con la referencia expresa al 173.2 del Código Penal.

La razón de incluir este artículo entre los que se consideran como delitos propios de violencia de género es por la alusión del mismo a las amenazas leves, donde sí se describe específicamente la cometida contra quien sea o haya sido esposa o pareja del agresor.

Centrándonos en el tipo, comprobamos que nos encontramos, como decíamos al inicio, ante un delito común (amenazas) que –a consecuencia de la desaparición de las

²⁰⁷ Sobre este tema, ver BLANCO LOZANO, C., “Amenazas y coacciones”, en POLAINO y NAVARRETE, N., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Tecnos, 2010, pp. 165 a 174.

faltas en nuestro ordenamiento jurídico- incorpora los comportamientos menos relevantes como delito leve. Así lo dispone el artículo 171.7º del Código Penal. Para perseguir tales conductas, el código exige la previa denuncia del agraviado o de su representante legal.

Los efectos generados por la conversión de las derogadas faltas en delitos leves ya han sido señalados por la doctrina²⁰⁸. Baste recordar que a partir de la entrada en vigor del Código podría castigarse las formas imperfectas –antes limitadas a las faltas contra las personas y contra el patrimonio-. También conviene señalar el aumento del límite inferior de la pena prevista para las amenazas leves, la consecuente aparición de antecedentes penales y el incremento del tiempo de prescripción hasta un año.

En lo atinente a la violencia contra las mujeres, en esta ocasión, habría que distinguir dos grupos. El primero engloba las amenazas leves que sean dirigidas por el varón contra quien es o ha sido su pareja. También cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (artículo 171, 4º del Código Penal). En este bloque, se castiga la amenaza leve realizada con o sin uso de armas u otros instrumentos peligrosos.

El segundo grupo, incluye las amenazas leves que tengan como protagonistas a las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal, excluyendo las nombradas en el párrafo anterior. En ese caso, será de aplicación el artículo 171.7 del Código Penal, salvo que se haga uso de armas o instrumentos peligrosos, correspondiendo entonces las penas dispuestas en el artículo 171.5º del Código Penal (siempre que la amenaza sea leve).

A partir de ahí, las consecuencias penológicas también son dispares. Las amenazas leves del primer grupo (artículo 171, 4º del Código Penal) y las contempladas en el artículo 171.5º del Código Penal (del segundo grupo, con uso de armas) tendrán la consideración de delito menos grave y, por tanto, un periodo de prescripción de cinco años, cancelándose los antecedentes penales que se puedan generar a los dos años.

²⁰⁸ Por todos vid. GONZALEZ RUS, J.J. “Secuelas colaterales no pretendidas de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, Iustel 2015.

Por el contrario, las amenazas leves del artículo 171.4º Código Penal (del segundo grupo, sin uso de armas) tendrán la consideración de delito leve y, por tanto, un periodo de prescripción de un año, cancelándose los antecedentes penales que se puedan generar a los seis meses.

3.3.2.- Evolución histórica y legislativa

Así como otros delitos que el Código Penal recoge hoy en día son relativamente novedosos en el ámbito normativo, el delito de amenazas se encuentra presente desde el primer código español; ya en su artículo 21, el Código de 1822 reconoce la amenaza como un acto de violencia material, describiéndolo así: *“Compréndense en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar”*²⁰⁹. Incluso contempla la gravedad de la amenaza proferida a la hora de aplicar una pena u otra: *si las amenazas o el temor no hubieren sido suficientes para causar estos efectos (véase, intimidación o dejarle sin capacidad para obrar), (...), se castigará al que cometa la acción por cualquiera de estas causas con la tercera á las dos terceras partes de la pena que la ley señale contra dicha acción”*²¹⁰.

No obstante, hemos de señalar que la evolución social ha condicionado la calificación jurídica de este tipo delictivo, matizando las consecuencias del acto en función de la acción, de los sujetos activos o de los pasivos sobre los que recae la acción.

I. Código Penal de 1822

Una particularidad del Código de 1822 en lo que a las amenazas se refiere, es que las mismas, a pesar de ser conocidas, tipificadas y castigadas en este texto, no tenían una identidad propia: es decir, que este tipo volitivo se encontraba presente a lo largo de todo el articulado pero, sin embargo, no encontramos un artículo propio donde se describiera el tipo penal de amenazas, como sí lo hacemos en la redacción actual de este tipo delictivo, salvando la referencia a *violencia material* que hace el artículo 21 ya visto.

²⁰⁹ *Código Penal*, de 8 de junio de 1822, *op. cit.*, artículo 21. (En su redacción original).

²¹⁰ *Ibid.*, Artículo 22. (En su redacción original).

De esta manera, las amenazas se encontraban presentes a lo largo de todo el texto penal: como calificación de cómplices (denominados *auxiliadores y fautores*), si hubieren amenazado para la consecución de un delito; con inexigibilidad penal genérica si cometía el acto delictivo bajo amenaza; como atenuante genérica; como atenuante, si se cometía el delito por amenazas o seducciones, aunque no fueran de aquél las que basten para disculparle; amenazas para coartar la libertad de los electores; como clase segunda del delito de rebelión, cuando contribuyeran a continuarla con amenazas o artificios; amenazas en motines a fin de que las autoridades o funcionarios públicos otorguen, hagan o dejen de hacer alguna cosa justa o injusta; amenazas en reuniones a fin de impedir actuar conforme a derecho; como usurpación del libre ejercicio de las funciones públicas con amenazas; uso de amenazas para intentar o conseguir abusar *deshonestamente* de una persona, impidiendo su resistencia; amenazas de homicidio; consideración de robo con violencia el cometido con amenazas; consideración como violencia en la perturbación de la posesión el realizado bajo amenazas²¹¹.

II. Código Penal de 1848 y Edición Reformada de 1850

El Código de 1848 recogía expresamente un capítulo dedicado a las amenazas, adquiriendo éstas identidad propia.

En concreto, las amenazas quedaban comprendidas en el Capítulo VI, del Título XIII del Libro II del Código penal, referido a *los delitos y sus penas* (Arts. 417 a 421).

Examinando los artículos dedicados a las amenazas, comprobamos que los cinco preceptos referidos a este tipo delictivo no diferían, en lo sustancial, de la redacción actual que recoge el Código hoy día para los tipos básicos, si bien no encontramos referencia expresa, no a la mujer y las amenazas vertidas sobre ella por la pareja, sino a ningún colectivo digno de especial protección tales como la familia, menores o incapaces; y es que, tras la redacción del tipo básico y el atenuado en función de la gravedad de la

²¹¹ Sobre estos extremos, ver los siguientes artículos del Código Penal de 1822, *op. cit.*: artículo 16, p. 4, artículo 21, p. 5; artículo 21, p. 5; artículo 22, p. 5; artículo 107, p. 22; artículo 204, p. 42; artículo 277, p. 57; artículo 299, p. 61; artículo 300, p. 61; artículo 326 y siguientes, p. 66 y siguientes; artículo 688, p. 136; artículo 719 y siguientes, p. 146 y siguientes; artículo 745, p. 148, artículo 814, p. 162.

amenaza proferida, descubrimos la regla punitiva para dedicar los últimos dos artículos del capítulo a las coacciones. No existía especialidad alguna en el tratamiento de la pena en función del sujeto activo o pasivo de quien la realizara o padecía.

Por su parte, el Libro III dedicado a Las Faltas, castigaba a quien amenazare a otro con causarle un mal que no constituya delito²¹², y a quien lo hiciera *en el calor de la ira* siendo la amenaza constitutiva de delito y se arrepintiera después²¹³, pero ninguna referencia especial por razón de los sujetos.

III. Código Penal de 1870

El Código de 1870 no presentaba especialidad o diferencias relevantes respecto del Código anterior.

IV. Código Penal de 1932

El Código de 1932 recogía la dicción literal de los artículos 417 a 419 del Código de 1848 en cuanto a descripción de la conducta típica, diferenciándose únicamente en el contenido de la pena a imponer por tales conductas²¹⁴. La misma circunstancia se daba en las faltas, aunque en este apartado sí introdujo un cardinal que sería el origen del futuro artículo 620 del Código Penal de 1995, en el que vendría descrita la amenaza a familiares (la violencia de género, recordamos, no se contempla como tal ni adquiere carta de naturaleza jurídica hasta entrado el siglo XXI). En concreto, era el apartado 2º del artículo 579 el que establecía lo siguiente: *Los que, sin hallarse comprendidos en otras disposiciones de este Código, amenazaren a otro con armas o las sacaren en riña, como no sea en justa defensa*²¹⁵.

V. Texto Revisado del Código Penal, de 1963

El Código de 1963 seguía la línea descriptiva y punitiva iniciada por el Código de

²¹² Código Penal 1822, *op. cit.*, artículo 494.10º.

²¹³ *Ibid*, artículo 485.12º.

²¹⁴ *Código penal reformado de 1932*, referenciado anteriormente..

²¹⁵ *Ibid.*, artículo 579. 3 y 4.

1848, y la redacción del capítulo dedicado a las amenazas y coacciones no distaba, en cuanto a su contenido, de los códigos anteriores, si bien recogía penas distintas acordes con la realidad del momento y la evolución que en este punto venía desarrollándose a lo largo del paso del siglo XX. Por ello no podemos decir que existiera especialidad en materia de amenazas por razón del sujeto activo o pasivo²¹⁶. Tampoco encontramos esta especialidad al hablar de las faltas, que continuaron la tónica anterior²¹⁷.

VI. Texto Refundido del Código Penal, de 1973

No encontramos novedades en el articulado del Texto refundido de 1973 respecto de las amenazas, redundando en la redacción del Código de 1848 que los posteriores han venido manteniendo²¹⁸. Tampoco en las faltas²¹⁹.

VII. Código Penal de 1995

El delito de amenazas ha sido modificado tres veces desde su redacción actual de 1995 hasta hoy.

a) Redacción original, con entrada en vigor el 24 de mayo de 1996 y vigente hasta el 30 de septiembre de 2004.

No presentaba especialidad alguna en materia de violencia de género, como tampoco lo hacía sobre ningún colectivo que actúe como sujeto activo o pasivo.

El artículo supuso una actualización penológica de la legislación anterior; su primer apartado define la calificación de la amenaza básica, castigando a quien amenace con un mal que no constituya delito, y otorgando discrecional al juzgador a la hora de aplicar la pena, en función de la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Imponía la aplicación de la mitad superior en función de si el autor había conseguido o no su propósito.

El apartado segundo describía la inclusión de la amenaza de divulgación de datos

²¹⁶ Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal, *op. cit.*, artículos 493 – 495.

²¹⁷ *Ibid.*, Tít. III, Libro III, artículo 585.3 y 4.

²¹⁸ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, *op. cit.*, Cap. VI, Tít. XII, Libro II, artículos 493 – 495.

²¹⁹ *Ibid.*, Tít. III, Libro III, artículo 585.

personales o referidos a la vida íntima de las personas, que puedan afectar a su fama, crédito o interés.

Para perseguir estos delitos y que los mismos fueran punibles era preciso un elemento objetivo, esto es, que los datos con cuya revelación se amenazaba fueran referentes a la vida privada o relaciones familiares de la víctima que no fueran públicamente conocidos, y un elemento subjetivo: que de ser revelados pudieran afectar a su fama, crédito o interés. Ello suponía cierta falta de concreción sobre los artículos a los que hacía referencia, circunstancia que ha sido actualizada en momentos posteriores con la inclusión de otros delitos relacionados con la revelación de secretos, y sería en la fase probatoria donde se deban discernir estas cuestiones.

El último apartado del artículo 171 en su redacción original contemplaba la excusa absoluta en los casos en los que la amenaza del apartado segundo se refiriera a revelar o denunciar la comisión de algún delito; el Código Penal permitía que el Ministerio Fiscal a fin de facilitar el castigo de la amenaza, pudiera abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. Y aún en este caso, el Juez o Tribunal podía rebajar la sanción en uno o dos grados.

b) Redacción dada por LO 15/2003²²⁰, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 y vigente hasta el 25 de junio de 2005.

La Ley que dio origen a la reforma se centró, además de en alguna corrección puntual, en modificar las penas a imponer por el delito cometido, en consonancia con el espíritu de la Ley referida, que, entre otros principios, recogía como propios la intención de que la duración mínima de la pena de prisión pase de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pudiera cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia²²¹. Con esta medida la Ley pretendía estructurar de forma más adecuada la relación existente entre

²²⁰ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

²²¹ *Ibid.*, Exposición de Motivos II, punto a).

faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos. Pero, como decíamos, no es relevante a efectos del tema que estamos tratando.

c) Redacción dada por LO 1/2004²²², con entrada en vigor el 26 de junio de 2005 y vigente hasta el 30 de junio de 2015.

A diferencia de la redacción original, la siguiente reforma entró de lleno en el ámbito de la violencia de género. Es la propia ley 1/2004 la que operó esta modificación. Así, el artículo 171, que hasta entonces recogía supuestos generales constitutivos de delito en distintas situaciones, abrió el marco penal a dos nuevos tipos delictivos: las amenazas leves vertidas hacia quien fuera o hubiera sido esposa o pareja, o hacia persona especialmente vulnerable que conviva con el autor²²³, y las amenazas leves con armas cometidas hacia personas a las que se refiere el artículo 173.2 Código Penal.

Decimos que se trata de nuevos tipos delictivos porque si bien el Código Penal recogía estas figuras, lo hacía bajo el tipo de faltas, en concreto en el artículo 620.

La Ley 2004 elevó a categoría de delito lo que hasta ahora no disponía de

²²² Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, referenciada anteriormente.

²²³ *Íbid.* El artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2004 modifica el artículo 171 del Código Penal, añadiendo tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, que tienen la siguiente redacción: "4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. 5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado".

calificación jurídica propia. Introdujo en su Título IV normas de naturaleza penal, modificadoras del Código Penal, mediante las cuales se incluyó, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementaba la sanción penal cuando la lesión se producía contra quien era o había sido la esposa del autor, o mujer que estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviviera con el autor.

Estas medidas fueron consecuencia de la pretensión de la Ley de dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos²²⁴.

Si la modificación del artículo hubiera llegado únicamente hasta el punto número cuatro, nos encontraríamos que las amenazas leves vertidas sobre los familiares directos y personas especialmente cercanas al agresor que no sean especialmente vulnerables (la llamada *violencia doméstica*), quedarían castigadas en el artículo 620, que recoge las amenazas leves en el tipo ordinario de las faltas.

Sin embargo, la ley 1/2004 fue consciente de la importancia de proteger no sólo a la mujer, sino a todo aquél que quede inserto en el núcleo familiar y pueda verse sometido de manera directa o indirecta a la violencia machista. No es baladí la referencia expresa que realizaba la Ley en la Exposición de Motivos, al establecer que *Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.*

En consecuencia con el espíritu de la ley, se elevó a categoría de delito las amenazas leves que se hubieran cometido contra *descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por*

²²⁴ *Ibíd.*, Exposición de Motivos, III.

la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. El requisito necesario para perseguir estas conductas como delitos son, por un lado, que se trate de las personas aquí recogidas (recordamos que en caso de ser persona especialmente vulnerable y que conviva con el autor nos encontraríamos en el supuesto del número 4); que la amenaza haya sido leve, pues en caso contrario deberíamos acudir al tipo genérico, y que en la amenaza se haya empleado arma u objeto igualmente peligroso.

La conversión de estos tipos en conductas delictivas conllevó, además de un aumento de la pena, la necesidad de prohibir el uso de armas y de la creación de antecedentes penales en caso de resultar condenado el autor, que no fuera necesaria la denuncia previa para perseguir estas conductas, con lo que se daba la posibilidad, a las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a Fiscales y a Jueces, de actuar de oficio, salvando los obstáculos que suponía la falta de denuncia previa que se podía dar en estos tipos delictivos, con el riesgo que ello conllevaba.

Como veíamos, la Ley 1/2004 es consciente de la urgencia de establecer medidas que protejan no sólo a la mujer víctima de violencia, sino a los menores y personas especialmente vulnerables que puedan convivir con el autor. Y es por ello que la modificación del artículo 171, de la misma manera que la modificación de otros artículos que estamos estudiando, pretende establecer garantías de estabilidad y seguridad para los menores y su entorno; es por ello por lo que en los caos recogidos en los puntos 4 y 5 se faculta a la autoridad judicial para que inhabilite al autor para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, y durante más tiempo en caso que los actos descritos anteriormente se hayan cometido en el domicilio familiar o en presencia de los menores, o se haya realizado existiendo una medida de alejamiento o prohibición de comunicación hacia la víctima.

e) Redacción actual, dada por LO 1/2015²²⁵, con entrada en vigor el 1 de julio de

²²⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, referenciada

2015.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 mantiene el articulado de la anterior, y la modificación en este artículo se centra en la inclusión de las amenazas leves en los párrafos finales del artículo, tras la desaparición del Libro III referente a las Faltas.

De esta manera, en el apartado siete, el artículo 171 recoge las amenazas básicas que hasta hora quedaban recogidas en el artículo 620, sin hacer diferencia entre empleo de armas u otros objetos peligrosos, que sí se hacía antes de la reforma e incluso, como hemos visto, en Códigos anteriores al del 95.

En un segundo apartado, el punto 7 recoge expresamente las amenazas leves vertidas hacia las personas referenciadas en el artículo 173.2, lo que será objeto de estudio en los siguientes apartados.

Las amenazas leves en materia de violencia de género continúan recogidas en el apartado 4 de dicho artículo, y las amenazas con armas hacia las personas que enuncia el artículo 173.2, en el apartado 5, de la misma manera que lo hacían hasta ahora.

3.3.3.- Análisis del tipo penal actual

I. Redacción actual y ubicación

La redacción actual del artículo 171 queda configurada de la siguiente manera: *“Artículo 171.1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguere.3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza*

anteriormente.

de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados. 4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. 7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre

en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

El tipo básico de amenazas y sus derivados se encuadran en el Capítulo II del Título VI del Libro II del Código Penal, el cual integra los delitos contra la libertad.

II. Bien jurídico protegido

El objeto de este apartado es el estudio de los delitos propios de violencia de género, si bien, teniendo en cuenta que la aparición de este delito como propio de violencia de género es de reciente creación, se ha considerado necesario remitir al tipo básico en cuanto a los antecedentes históricos.

También para exponer el bien jurídico protegido se entiende procedente esta mención, y ello en base a considerar que las amenazas leves vertidas sobre quien sea o haya sido cónyuge o pareja del agresor, previstas y penadas en el apartado 7 del artículo 171 del Código Penal, pertenecen al tipo delictivo de las amenazas, y por tanto comparten con éste los aspectos básicos tales como el bien jurídico protegido y conducta típica (el primero con algunas matizaciones frente al tipo general, como estudiaremos más adelante) diferenciándose en cuanto a los sujetos activos y pasivos y en la gravedad de las amenazas, donde el campo de la violencia de género reconoce un margen mucho más amplio a fin de favorecer la persecución y castigo de todo tipo de amenazas y no sólo las de mayor gravedad, siempre que se den los presupuestos de sujetos activos y pasivos de la conducta típica.

Nos encontramos ante un delito de expresión que atenta contra la libertad de las personas. En concreto, incide en el proceso de formación de la voluntad. Y lo logra mediante el anuncio de un mal que se comunica al sujeto pasivo. La doctrina exige que tal anuncio sea futuro, idóneo, más o menos determinado pero posible y, sobre todo, capaz por sí mismo de causar miedo, temor, zozobra, intranquilidad de ánimo o cualquier otro sentimiento similar que constriña el proceso deliberativo que viene desarrollando el

amenazado²²⁶.

En este sentido, PACHECO GALLARDO reconoce que el bien protegido en el delito de amenazas es la formación de la voluntad, e indica que “Como señala un sector de la doctrina, es cada vez más unánime la opción a favor de caracterizar el delito de amenazas como un delito encaminado y orientado a la tutela de la libertad, sin que falten algunas posiciones que sostienen que estamos ante un objeto de tutela dual, a saber la libertad y la seguridad, de conformidad con la antigua rúbrica del Código Penal, en la medida que ambos conceptos son imprescindibles al ser la seguridad el presupuesto básico de la libertad”²²⁷.

III. Conducta típica y sujetos activos y pasivos

Exponía LUZÓN CUESTA, citando a BERNALDO DE QUIRÓS, que se podía entender como amenaza “*el anuncio de un mal dependiente en su realización de la voluntad del que lo hace, bien sea con ánimo de lograr un determinado objeto, bien sin propósito alguno y únicamente como expresión del rencor o ira*”²²⁸.

Se trata de delitos de simple actividad, de expresión, en los que la manifestación de voluntad y el resultado suelen coincidir en el tiempo, aunque ambos momentos pueden quedar escindidos en algún caso, como es el de las amenazas vertidas por escrito, medios telemáticos o informáticos, en las que el momento del envío puede no coincidir con el momento en que el receptor/a las descubra.

CARRETERO SÁNCHEZ estudió la conducta típica del tipo de amenazas desde un punto de vista jurisprudencial²²⁹, dejando en evidencia que, ya desde los años ochenta, antes por tanto de la entrada en vigor del Código de 1995, el delito era contemplado como

²²⁶ Establecen CARRILLO OLANO, G. / FERNÁNDEZ ARAUJO, I. (Coord.), *Delitos contra la libertad. Biblioteca básica. Serie Penal*, Ed. Bosch, Madrid, 2015, p. 24/33, que “*es cada vez más unánime la opción a favor de caracterizar el delito de amenazas como un delito encaminado y orientado a la tutela de la libertad, sin que falten algunas posiciones que sostienen que estamos ante un objeto de tutela dual a saber, la libertad y la seguridad, de conformidad con la antigua rúbrica del Código Penal, en la medida que ambos conceptos son imprescindibles al ser la seguridad el presupuesto básico de la libertad*”.

²²⁷ PACHECO GALLARDO, M., “Delito y falta de amenazas. Similitudes y diferencias”, *Diario La Ley*, n.º 8510, Sección Doctrina, 30 de marzo de 2015, Ed. La Ley, citando la Sentencia núm. 617/2012 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de julio, siendo Ponente D. MARTINEZ ARRIETA, A

²²⁸ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015, p. 70.

²²⁹ CARRETERO SÁNCHEZ, A., “El delito de amenazas”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, tomo 3, Ed. La Ley.

de simple actividad, de expresión o de peligro y que atentaba contra la libertad. Y como muestra alegó una serie de postulados dictados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que señalaban que *“el delito de amenazas es una infracción penal de simple actividad, de expresión o de peligro, siendo cierto que su “ratio legis” radica en proteger la libertad y la seguridad de las personas y como tal, independientemente de ulteriores propósitos de la gente en orden al posible ataque a otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física, etc.”*²³⁰; el carácter de delito de peligro se manifestó en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1989, en el sentido siguiente: *“el delito de amenaza es un delito de peligro, que consiste en la conminación de un mal futuro, injusto, posible, dependiente del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en la persona amenazada”*²³¹.

La amenaza también ha sido considerada como delito de mera actividad, recordando este autor lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1989, la cual establecía que *“el delito de amenazas, de mera actividad y consumado con la llegada del anuncio a su destinatario, descansa en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por el autor, de manera que basta el componente objetivo apto para amedrentar a la víctima dentro del contexto circunstancial”*²³².

Señala PACHECO GALLARDO que “el delito se consuma cuando el propósito del agente de causar un mal llega a conocimiento del ofendido. Para el Tribunal Supremo la conminación radica en la exteriorización del anuncio de un comportamiento susceptible de privar de sosiego y tranquilidad al amenazado en el disfrute de los bienes jurídicos cuya futura lesión se anuncia, a través de formas, modos o circunstancias capaces de producir tal efecto intimidatorio, debiendo contener un elemento de seriedad y credibilidad que haga que el sujeto pasivo deba temer con cierto fundamento que el mal enunciado pueda

²³⁰ *Íbid.*, citando la Sentencia núm. 312/87 del Tribunal Supremo (Sala Segunda): sentencia 312/87 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 2 de marzo de 1987, siendo Ponente D. RUIZ VADILLO, E.

²³¹ Sentencia núm. 995/89 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 30 de marzo de 1989, siendo Ponente D. BARBERO SANTOS, M.

²³² Sentencia núm. 1628/89 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 23 de mayo de 1989, siendo Ponente D. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.

producirse, incluso aunque esa producción no sea la íntima intención del agente”²³³.
Ley, Sección Doctrina, 1996, tomo 3, Ed. La Ley.

* * *

Las conductas contempladas en los tres primeros apartados del artículo 171 son la consecuencia de la evolución legal de los delitos de amenazas reconocidos históricamente; de esta manera, en el apartado primero se recogen las amenazas de un mal que no constituya delito, diferenciando en cuanto a pena si la amenaza es condicional o no; y si lo es, en función de si el agresor ha conseguido o no su propósito²³⁴.

El apartado segundo contempla como conducta típica la exigencia de otro de una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, mientras que el apartado tercero describe y castiga la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, permitiendo que el Ministerio Fiscal se abstenga de acusar en determinadas condiciones.

El apartado cuarto del artículo 171 se centra, como decíamos, en la previsión y castigo de las amenazas en el ámbito de violencia de género, y debemos hacer algunas precisiones:

1.- Las amenazas dirigidas a quien sea o haya sido esposa o pareja han de ser *leves*, pues de no serlo nos encontraríamos ante el supuesto general, antes descrito. En consecuencia, podríamos aplicar, en su caso, la agravante de ser o haber sido pareja o cónyuge de la víctima, referida en el Artículo 22 del Código Penal²³⁵. Será función del órgano instructor determinar la gravedad de las mismas, atendiendo al supuesto concreto, así como a si se cumplen los supuestos de los apartados anteriores al cuarto.

2.- En consonancia con lo anterior, observamos que no existe una conducta típica

²³³ PACHECO GALLARDO, M., *op. cit.*, citando las sentencias del Tribunal Supremo: núm 3323/1994, Sala Segunda, de 18 de noviembre de 1994 siendo Ponente D. CONDE-PUMPIDO FERREIRO;C., y núm. 399/2013, Sala Segunda, de 8 de mayo, siendo Ponente D. MARCHENA GOMEZ, M. entre otras.

²³⁴ Artículo 417 de Código Penal de 1848. Ver punto 3.4.2 del Capítulo II.

²³⁵ Cfr., Capítulo II, 2.2.

detallada para las amenazas leves ocurridas en el ámbito de violencia de género; de esta manera, así como en los tres primeros apartados se habla de amenazas condicionales o no, exigencia de bienes u otras premisas, o de amenaza con denunciar algún delito, en el apartado cuarto la redacción se refiere únicamente a quien amenace *levemente*. Nos queda así la duda de, si en la aplicación de este precepto, tendrían cabida las amenazas condicionales o que exijan una prestación, o si al cumplirse estas premisas nos encontraríamos directamente en el tipo general, con la agravante de ser o haber sido pareja o esposa la víctima del agresor.

Analizando el precepto, debemos concluir que las conductas descritas en los tres primeros apartados (tipo básico, exigencia de cantidad o recompensa con amenaza de difundir hechos determinados, o amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito) pueden tener cabida en el cuarto, referente a las amenazas leves propias de violencia de género, habida cuenta que las anteriores son formas de manifestación de las amenazas y será, el órgano instructor el que deba determinar si la gravedad y circunstancias particulares de la amenaza vertida tiene la consideración de leve o no y en consecuencia, determine la incursión en el apartado cuarto o en cualquiera de los anteriores, aplicando en este último caso, si procediera, el artículo 22.4ª del Código Penal de agravante por razón de género.

Si observamos el desarrollo del resto del artículo, comprobamos que el concepto de *amenaza leve* se da igualmente para referirse a las amenazas vertidas hacia personas allegadas contempladas en el artículo 173.2 del Código Penal y que no se encuentran incluidas en el apartado de la violencia de género, así como amenazas leves vertidas sobre particulares sin necesidad de relación entre ellos. En estos dos supuestos tampoco existe una descripción de la conducta típica, por lo que nos puede surgir la misma duda que en el caso anterior sobre la aplicación del precepto en cuestión.

La única mención a la conducta típica en el caso de la amenaza leve viene referida a los supuestos previstos en el artículo 173.2, y ello obedece a criterios históricos: antes de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, estudiada en el presente trabajo, las amenazas vertidas hacia los allegados que figuraban en el artículo 173.2 (sin contemplar en las mismas las víctimas de violencia de género, cuya previsión y castigo se contempla

en punto distintos), recibían distinta consideración en función de los medios o instrumentos empleados: así, en caso de que las amenazas fueran con arma u otro objeto igualmente peligroso, la conducta era descrita como constitutiva de delito, mientras que las amenazas vertidas hacia estas mismas personas sin mediar el uso o empleo de armas u otros objetos peligrosos, quedaba incluida en el artículo 620 del Código Penal, y se consideraba una falta.

Actualmente, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 las faltas han desaparecido, y ha sido necesario incardinar el antiguo artículo 620 del Código Penal en los supuestos de amenazas ordinarias. De esta forma, las conductas que antes eran constitutivas de faltas quedan ahora recogidas como delito leve, en concreto en el apartado 171.7 *in fine*, mientras que las amenazas vertidas hacia estas personas empleando medios u objetos peligrosos, ya eran antes constitutivas de delito y lo siguen siendo en virtud del apartado quinto.

Podemos concluir, por tanto, que en el ámbito de las amenazas leves no existe una conducta típica concreta en el ámbito de violencia de género. Debemos ir, para su calificación, a las conductas referidas en los tipos ordinarios para después analizar la gravedad de las mismas y la calificación de éstas en función de las circunstancias concretas del caso, pudiendo determinarse de las siguientes maneras:

- a) Con arreglo a la norma general de delito con agravante de relación, o
- b) Conforme al apartado 171.4 sobre previsión específica de amenaza leve en materia de violencia de género (o personas especialmente vulnerable que conviva con el autor, existiendo en este apartado dudas sobre la extensión de este precepto).

Si la amenaza se valora como leve, deberemos atender al artículo 171.4. En otro caso, aplicaríamos el tipo del artículo correspondiente, pudiendo imponer, entonces, la agravante por razón de género prevista en el artículo 22.4 del Código Penal.

La redacción diferenciada hace posible que la amenaza leve se persiga y castigue como delito, pues si comprobamos el resto del articulado, observamos que las amenazas vertidas hacia terceros, sin relación, quedan embebidas en los delitos leves; y es más, aunque la amenaza se perpetre mediando armas u objetos peligrosos, si no existe relación

del artículo 173.2 Código Penal entre las partes, la conducta seguirá siendo considerada como constitutiva de delito leve.

En cualquier caso, y como hemos señalado en párrafos anteriores, para que podamos hablar de conducta típica, es necesaria la presencia de una comunicación entre autor y víctima, que puede quedar en grado de tentativa si la misma no llega a tener conocimiento de dicha amenaza; esa comunicación puede dirigirse directamente a la víctima o a las personas de su entorno para que esta se sienta amenazada a través de los peligros que acechan a sus allegados.

Y en ese mismo sentido, aunque referido a terceras personas, se plantea la duda sobre su naturaleza jurídica (mera actividad o resultado) ante supuestos en los que la amenaza llega a conocimiento de terceras personas, distintas de las anteriores.

LOPEZ PEREGRÍN²³⁶ afirma que las amenazas afectan al mismo bien jurídico que las coacciones: la libertad y seguridad como derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo de su vida, citando diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo²³⁷.

En efecto, así parece ser, por mucho que se distinga entre el momento de formación y el de ejecución de la voluntad. De ahí que concluya que la diferencia entre ambas figuras se sitúa en el medio comisivo: la concurrencia o no de violencia.

Entiende la autora antes referida que esta aparente solución queda comprometida por la persistente línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo y en la que no hay reparo alguno en incluir –en el concepto de violencia- claros supuestos de *vis compulsiva* e incluso de *vis in rebus*. De forma y manera que la diferenciación entre ambas (amenazas y coacciones) ha de lograrse mediante otras herramientas de no fácil manejo como podría ser la mayor o menor proximidad entre el anuncio del mal y su materialización, o bien, el muy discutible criterio de la gravedad del mal anunciado.

²³⁶ Cf. LOPEZ PEREGRIN, C. *Amenazas, coacciones y violencia de género*, en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Coordinadora), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch 2009, págs. 223-277.

²³⁷ De esta opinión, también es MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Novedades en los delitos de amenazas y coacciones según el Anteproyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8080, Sección Doctrina, 10 de mayo de 2013, Año XXXIV, Ref. D-174, Ed. La Ley, p.3/10.

La situación descrita no mejora si tenemos en cuenta la reciente incorporación del delito de acoso (artículo 172 ter Código Penal) que se analiza más adelante.

3.4.- Delito de coacciones: Artículo 172 del Código Penal

3.4.1.- Consideraciones generales

Como ocurría con las amenazas, con la nueva redacción del Artículo 172 Código Penal se incorporan las conductas menos relevantes jurídicamente (coacciones leves) como delitos leves. Tales conductas sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona afectada. Así lo dispone el Artículo 172.3º del Código Penal.

Y lo mismo cabe decir de los efectos que ha generado la derogación de la falta del artículo 620.2 del Código Penal. Veámos cómo, a partir de la entrada en vigor del Código podrán castigarse las formas imperfectas –antes limitadas a las faltas contra las personas y contra el patrimonio-; se generarán antecedentes penales por la comisión de estos hechos y se producirá la prescripción del delito al cabo de un año, en vez de los seis meses previstos hasta entonces. De igual modo, se constata un aumento del límite inferior de la pena prevista para las coacciones leves, sin que tampoco en esta ocasión se hayan expuesto motivos que lo justifiquen.

En lo que a violencia contra las mujeres se refiere, se repite la división ya expuesta en las amenazas. Por un lado, las coacciones leves que lleve a cabo el varón contra quien es o ha sido su pareja sentimental, con o sin convivencia en el momento de producirse. Este supuesto, regulado en el Artículo 172.2º del Código Penal, también incluye en el círculo de posibles víctimas a las personas que sean especialmente vulnerables y que convivan con el autor al tiempo de materializarse las coacciones.

Por otro lado, el Artículo 172.3º del Código Penal castiga a quien coaccione de forma leve a alguna de las personas enumeradas en el Artículo 173.2º del Código Penal, excluyendo las nombradas en el párrafo anterior.

En definitiva, se reitera la distinción entre delito leve (coacciones leves sobre personas que integran la unidad familiar, en los términos establecidos en el Artículo 172.3º del Código Penal) y entre delito menos grave (coacciones leves materializadas por un hombre sobre la mujer que ha sido o sigue siendo su cónyuge o pareja sentimental, conforme indica el Artículo 172.2º del Código Penal). Y, en pura lógica, también se replican las consecuencias jurídicas en materia de prescripción (un año para el delito leve y cinco años para el delito menos grave) y cancelación de antecedentes penales (seis meses para delito leve y dos años para el delito menos grave).

3.4.2.- Evolución histórica y legislativa

Si hacemos una revisión cronológica del delito de coacciones, nos encontramos con la circunstancia de que, igual que sucede en el tipo penal antes visto (las amenazas), las coacciones quedan redactadas en los distintos Códigos españoles desde prácticamente el inicio de la codificación en materia de derecho penal, como veremos a continuación. Otro dato característico de las coacciones es la íntima relación que guarda con el delito de amenazas; no en vano hasta la redacción dada por el Código del 95, uno y otro delito eran parejos, llegando incluso a redactarse en el mismo capítulo y en el mismo artículo, aun siendo sus tipos distintos.

Pero sí guardan relación en el bien jurídico protegido y en el *animus* perseguido por el autor, que es la alteración de la normal y justa voluntad de la víctima, aunque el fin sea diferente en uno y otro tipo.

De la misma forma que sucede con los anteriores tipos examinados, en este caso tampoco encontramos una especialidad punitiva en caso de coacciones del hombre hacia quien sea o haya sido cónyuge pareja, sino hasta el Código del 95.

1. Código Penal de 1822

Si examinamos el Código de 1822, no encontramos un capítulo dedicado a las coacciones. Tampoco la tipificación de una conducta en la que se usara esa nomenclatura.

Como indicábamos al comienzo de este apartado, el delito de coacciones tradicionalmente ha venido recogiendo de modo paritario con el tipo delictivo de amenazas.

En el Código de 1822 encontramos un claro ejemplo de cómo ambas figuras delictivas se entrelazan de tal manera que en ocasiones llegan casi a fusionarse.

Igual que sucede con el tipo de amenazas, el Código de 1822 no reservaba un apartado propio para las coacciones, sino que las exponía a lo largo del articulado, asociándolas a otros comportamientos delictivos en los que las coacciones se identificaban más como un *modus operandi* en el tipo delictivo concreto que como uno propio.

A mayor abundamiento, el Código de 1822 no reconocía expresamente la palabra *coacción*, empleando, por el contrario, tratamientos distintos como eran el de infundir temor o compeler a alguien a hacer algo.

De esta manera, si atendemos al artículo 21, donde se describía el concepto de la *violencia material*, descubrimos que detallaba las amenazas como manifestación de esta violencia Pero también una conducta típica que no nos es extraña: *el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar*²³⁸.

A pesar de no constar la palabra “coacción”, no podemos sino concluir que esta segunda manifestación de violencia material se podía identificar claramente con lo que hoy en día llamamos *coacción*. Y en tal manifestación estaban presentes los elementos del tipo necesarios para considerarla como tal: el uso de violencia (veremos que a día de hoy la jurisprudencia entiende la violencia como un concepto amplio, comprendiendo tanto la violencia física como la intimidatoria o moral), el impedir la libertad de acción de la víctima, el nexo de unión entre el comportamiento hostil y la falta de libertad de acto, y el fin de atentar contra esta libertad y dejarle sin arbitrio para obrar.

Siguiendo con la equiparación con las amenazas, el Código de 1822 valoraba la gravedad del temor causado: *“Si las amenazas o el temor no hubieren sido suficientes para*

²³⁸ Código Penal, de 8 de junio de 1822, *op. cit.*, artículo 21. (En su redacción original).

*causar estos efectos (...), se castigará al que cometa la acción por cualquiera de estas causas con la tercera á las dos terceras partes de la pena que la ley señale contra dicha acción*²³⁹.

Las coacciones constaban en el articulado del Código de 1822 en distintos supuestos: inexigibilidad penal genérica si cometía el acto delictivo coartando con amenaza²⁴⁰ (vemos aquí que los términos de amenazas y coacciones se solapaban); como atenuante genérica²⁴¹; como conducta típica de reunión ilegal, si -entre otras conductas- se obligaba a los participantes de la reunión, por la fuerza, a hacer alguna cosa, fuera justa o injusta²⁴²; usurpación del libre ejercicio de las funciones públicas con amenazas u otra fuerza si le obligare o compeliere a hacer aquello que no desea la víctima²⁴³; uso de amenazas para intentar o conseguir abusar *deshonestamente* de una persona, forzándola con violencia o amenazas o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia²⁴⁴; intimidación o impedir la resistencia con atentar contra su vida a fin de que realice o deje de hacer algo²⁴⁵; consideración como violencia en la perturbación de la posesión el realizado con acometimiento o actitud de llegar a las manos²⁴⁶.

II. Código Penal de 1848 y Edición Reformada de 1850

El Código de 1848 recogía expresamente un capítulo dedicado a las amenazas y las coacciones. Vemos así que tanto unas como otras adquirieron naturaleza jurídica propia, siendo reguladas en el Capítulo VI, del Título XIII del Libro II del Código Penal, referido a *Los delitos y sus penas* (Arts. 417 a 421).

Examinando los artículos dedicados a las coacciones, comprobamos que de los

²³⁹ *Ibid.*, artículo 22. (En su redacción original).

²⁴⁰ *Ibid.*, cit., artículo 21, pag. 5.

²⁴¹ *Ibid.*, cit., artículo 22, pag. 5.

²⁴² *Ibid.*, cit., artículo 300, pag. 61.

²⁴³ *Ibid.*, cit., artículo 326 y siguientes, pag. 66 y siguientes.

²⁴⁴ *Ibid.*, cit., artículo 688, pag. 136.

²⁴⁵ Sobre estos extremos, ver los siguientes artículos del Código Penal de 1822: artículo 21, p. 5, artículo 22, p. 5; artículo 300, p. 61.; artículo 326 y siguientes, p. 66 y siguientes.; artículo 688, p. 136; artículo 719 y siguientes, p. 146 y siguientes.

²⁴⁶ *Ibid.*, artículo 814, p. 162. Este tipo presenta dudas sobre su incursión en el tipo de amenazas o el de coacciones.

cinco artículos contenidos en el capítulo, sólo dos se referían a esta figura delictiva, y el último de ellos a delito de índole patrimonial (el moderno delito de usurpación de inmueble).

Atendiendo al primero, el artículo 420, vemos que establecía lo siguiente: *“El que sin estar legítimamente autorizado impidiere á otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe ó le compeliere á ejecutar lo que no quiera, sea justo ó injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5 á 50 duros”*²⁴⁷.

La redacción de este tipo delictivo no difería, en lo sustancial, de la redacción que recoge el Código actual para el tipo básico de coacciones, si bien no encontramos referencia expresa, ni a la mujer ni a coacciones vertidas sobre ella por la pareja, ni a ningún colectivo digno de especial protección, igual que sucede con el delito de amenazas; y de la misma manera que ocurre con éste, no existe especialidad alguna en el tratamiento de la pena en función del sujeto activo o pasivo de quien la realiza o padece.

Por su parte, el Libro III dedicado a Las Faltas, no preveía las coacciones leves, por lo que estas, entendemos, siempre tendrían la naturaleza de delito, sin poder calificarse como faltas en función de su gravedad, como sí sucedía con las amenazas²⁴⁸.

III. Código Penal de 1870

El Código de 1870 no presentaba especialidad o diferencias relevantes respecto del Código anterior.

IV. Código Penal de 1932

El Código de 1932 recogía la dicción literal de los artículos 417 a 419 del Código de 1848 en cuanto a descripción de la conducta típica de las amenazas y coacciones, las cuales continúa incluyéndolas en el mismo capítulo, diferenciándose únicamente en el contenido de la pena a imponer por tales conductas²⁴⁹.

²⁴⁷ En su redacción original.

²⁴⁸ Código Penal de 1848, *op. cit.*, artículos 494.10º y 485.12º respectivamente.

²⁴⁹ *Código penal reformado*, BOE núm. 310, de 5 de noviembre de 1932, *op. cit.*, Cap. V, Tít. XIII, Libro II, Arts. 485 a 490, siendo el artículo 488 el referido a las coacciones.

En lo que respecta a las faltas, y a diferencia de los Códigos anteriores, el de 1932 sí preveía la coacción leve, castigando a *Los que causaren a otro una coacción o vejación injusta no penada en el Libro II de este código*²⁵⁰, constituyendo de esta manera un tipo residual que sería de aplicación en el caso que, examinados los hechos, los mismos no pudieran encuadrarse en el tipo penal de delito, pero al tiempo se pretendía que no quedaran fuera del marco penal.

Comprobamos por último, que en el tipo constitutivo de falta, las coacciones se equiparaban a las vejaciones, unión que perdurará en el tiempo, hasta que en el derecho moderno se separen ambas conductas, llegando incluso a desaparecer las vejaciones del marco penal --salvo las cometidas en determinadas circunstancias y que han de ver con la violencia de género²⁵¹.

V. Texto Revisado del Código Penal, de 1963

El Código de 1963 siguió, en lo que a las coacciones se refiere, e igual que sucedía con el tipo de amenazas, la línea descriptiva y punitiva iniciada por el Código de 1848; la redacción del capítulo dedicado a las amenazas y coacciones es equiparable, en cuanto a su contenido, a los Códigos anteriores, adaptando las penas a la época en que redacta el Decreto.

Seguimos sin observar especialidad en materia de violencia de género, ni en los tipos delictivos de coacciones ni en los hechos constitutivos de falta.²⁵²

VI. Texto Refundido del Código Penal, de 1973

La redacción y la integración del tipo delictivo de las coacciones no se vio alterada por la redacción del Texto Refundido, tanto en los delitos²⁵³ como en las faltas²⁵⁴, sin encontrar novedades en el articulado de dicho texto respecto de lo expuesto en Código

²⁵⁰ *Ibid.*, Artículo 579. 5.

²⁵¹ Ver punto 3.6.3. IV iii) del Capítulo II.

²⁵² Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal, *op. cit.*, artículos 496 y 585.5.

²⁵³ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, *op. cit.*, Capítulo VI, Título XII, Libro II, artículo 496.

²⁵⁴ *Ibid.*, Tít. III, Libro III, artículo 585.5.

de 1848.

VII. Código Penal de 1995

El delito de coacciones ha sido modificado cuatro veces desde su redacción actual de 1995 hasta hoy.

a) Redacción original, con entrada en vigor el 24 de mayo de 1996 y vigente hasta el 30 de septiembre de 2004.

El Código Penal del 95 incorporó a su articulado el tipo delictivo de coacciones, y lo hizo siguiendo la senda que dictaron los Códigos anteriores a él.

En su Exposición de Motivos, el Código de 1995 reconocía que *“se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos”*.

Exponía asimismo que *“no es el Código penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”*.

Sin embargo, este nuevo espíritu, observado por vez primera en el Código del 95, parecía integrarse y dirigirse más bien a los delitos contra la libertad sexual, dejando a un lado tipos delictivos tales como las coacciones, donde el bien jurídico protegido no era la libertad sexual de la mujer (si hablamos de materia de violencia de género), o de cualquier otra persona (si hablamos del tipo ordinario). Prueba de esto es la dicción literal de la Exposición de Motivos, cuando indicaba que *“Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de a mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone eliminar totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”*.

Así que, si bien es cierto que encontramos una evolución tendente al reconocimiento de la necesidad de proteger a la mujer frente a los ataques sufridos contra ella por el mero hecho de serlo, no existía una regulación contundente e integral sobre la protección a la mujer, siendo necesario el paso de distintas leyes y reglamentos para llegar a esta meta.

Decíamos, pues, que el Código de 1995 no presentaba especialidad alguna en materia de violencia de género y coacciones, aunque sí describía algunas particularidades que hasta ahora no habían sido tenidas en cuenta en redacciones anteriores del tipo delictivo, como era la asunción de un tipo agravado, recogido en el segundo párrafo de la redacción original del artículo 172. Se establecía una agravación que, con los mismos requisitos ya vistos para el tipo básico, contenía una cláusula de subsidiariedad expresa en cuanto que la coacción recae sobre la posibilidad de ejercitar derechos fundamentales, debido a la “superprotección” que el ordenamiento forjaba a derechos de tal naturaleza.

Dicho apartado preveía la posibilidad de que los actos punibles quedaran encuadrados en otro tipo delictivo que cumpliera los requisitos punitivos y conllevara mayor pena.

b) Redacción dada por LO 15/2003²⁵⁵, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 y vigente hasta el 25 de junio de 2005.

La modificación operada por esta ley corrigió algún punto de la redacción del artículo 172, y lo destacable fue el aumento de la pena mínima de multa, que pasó de seis a doce meses.

No hacía mención expresa a los delitos cometidos en el ámbito de violencia de género.

c) Redacción dada por LO 1/2004²⁵⁶, con entrada en vigor el 26 de junio de 2005 y

²⁵⁵ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

²⁵⁶ Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, referenciada anteriormente.

vigente hasta el 30 de junio de 2015.

Ya hemos observado anteriormente que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004 entró de lleno en el ámbito de la violencia de género; de hecho, es la razón de ser de la mencionada ley.

En concreto, se numeraron los dos primeros párrafos como apartado 1 y se añadió el 2 por el Artículo 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, lo que supuso la inclusión del marco penal al tipo delictivo de las coacciones en ámbito de violencia de género²⁵⁷.

Decíamos que la regulación de las amenazas y las coacciones han venido a menudo siendo parejas, y en cierto modo en este caso también se hizo así, aunque esta evolución no fue idéntica.

En el caso de las coacciones, se elevó a delito parte de lo que hasta ahora había sido considerado como falta, y ello se circunscribía a que se diera la siguiente condición: que las coacciones leves se ejercitaran sobre determinados sujetos pasivos, estos eran, quien fuera o hubiera sido su esposa, o mujer que estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviviera con el autor.

Las consecuencias penológicas eran distintas del tipo principal, y ello debido a que las penas a imponer estaban directamente relacionadas con el marco de intimidad en el que se desarrollaba este tipo penal, lo que no sucedía (o no tenía por qué suceder) en el caso del tipo ordinario; de esta manera, mientras que el tipo genérico del apartado

²⁵⁷ *Ibid.*, artículo 39: "El contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2º dicho artículo con la siguiente redacción: 2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado."

primero conllevaba penas de prisión o multa, según la gravedad de los hechos, en el caso del apartado segundo, las penas eran de prisión de seis meses a un año (la misma duración mínima que el tipo general), o de trabajos en beneficio de la comunidad y, en todo caso, (esto es lo destacable y lo directamente relacionado con el clima de intimidación que antes mencionábamos) privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estimara adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Preveía la reforma, además, una agravación en caso de que el delito se perpetrara en presencia de menores, o tuviera lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realizara quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, dando la posibilidad al Tribunal de imponer penas inferiores en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho.

No encontramos, a diferencia de lo que sucede en el caso de las amenazas, la extensión de estos efectos para las personas mencionadas en el artículo 173.2, por lo que las coacciones leves acometidas en el ámbito de la llamada *violencia doméstica* seguían penándose a través del artículo 620 Código Penal, como falta de coacciones.

Aunque nuestro objeto de estudio es la violencia de género y no la doméstica, no podemos dejar de observar que es curioso cómo, siendo las amenazas y coacciones tratadas de manera similar e incluso conjunta en los distintos códigos y reformas operadas a lo largo de nuestra historia, no se aprovechó esta modificación para aunar ambos, y elevar a categoría de delito las coacciones cometidas entre miembros de la familia, aunque no fuera en el mismo apartado (como sucede en las amenazas, donde el delito contra la mujer se encuentra previsto y penado en el apartado 4 del artículo 171 y el relativo a violencia doméstica en el apartado 5 de este mismo artículo), y más recordando los preceptos de la Ley orgánica 1/2004 cuando establecía en su exposición de motivos que *Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los*

menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer, siendo el espíritu la protección integral de la mujer y su entorno, y no sólo ella y las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

d) Redacción dada por LO 5/2010²⁵⁸, con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010 y vigente hasta el 30 de junio de 2015.

Esta reforma no afectó al apartado de violencia de género, recogido, como hemos visto, en el número uno del artículo 172; el Artículo único.37 de esta Ley Orgánica añadió el tercer párrafo al apartado 1, referido al impedimento de uso de la vivienda: *“También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.*

Resulta paradójico que un precepto pensado para el tipo ordinario, en la práctica se utilice a menudo en el ámbito de violencia de género, ya que no son pocos los casos en que en delitos de coacciones cometidos por hombres contra quien sea o haya sido esposa o pareja, la coacción consiste precisamente en impedir que la mujer tenga acceso a la vivienda que haya podido ser común.

e) Redacción actual, dada por LO 1/2015²⁵⁹, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015

La reforma operada por la Ley orgánica 1/2015 mantiene el articulado de la anterior, y la modificación en este artículo se centra en la inclusión de las coacciones leves en los párrafos finales del artículo, tras la desaparición del Libro III referente a las Faltas.

En esta reforma vuelve a acompasarse el tipo delictivo de las amenazas con el de las coacciones, recogiendo en ambos casos el mismo espíritu de reforma e inclusión de las faltas desaparecidas y transformadas en delitos leves.

Así, en el apartado 3, el artículo 172 recoge las coacciones básicas que hasta ahora

²⁵⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

²⁵⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

quedaban recogidas en el derogado artículo 620.

En un segundo apartado prevé expresamente las coacciones leves vertidas hacia las personas referenciadas en el artículo 173.2, lo que se conoce como violencia doméstica y cuyo contenido analizaremos en apartados posteriores.

3.4.3.- Análisis del tipo penal actual

I. Redacción actual y ubicación

La redacción actual del artículo 172 queda configurada de la siguiente manera: *“El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código. También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. 2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias*

personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. 3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

El tipo básico de coacciones y sus derivados se encuadran en el Capítulo II del Título VI del Libro II del Código Penal, el cual integra los delitos contra la libertad.

II. Bien jurídico protegido

Como sucede con las amenazas, y aunque el objeto de este apartado es el estudio de los delitos propios de violencia de género, no podemos dejar de tener en cuenta que la aparición de este delito como propio de violencia de género es de reciente creación, se ha considerado necesario remitir al tipo básico en cuanto a los antecedentes históricos.

También para exponer el bien jurídico protegido se entiende procedente esta mención, y ello en base a entender que las coacciones leves vertidas sobre quien sea o haya sido cónyuge o pareja del agresor, previstas y penadas en el apartado 2 del artículo 172 del Código Penal, pertenecen al tipo delictivo de las coacciones, y por tanto comparten con éste los aspectos básicos tales como el bien jurídico protegido y conducta típica (el primero con algunas matizaciones frente al tipo general, como estudiaremos más adelante y ya hemos estudiado en el caso de las amenazas) diferenciándose en cuanto a los sujetos activos y pasivos y en la gravedad de las coacciones, donde el campo de la violencia de género reconoce un margen mucho más amplio a fin de favorecer la persecución y castigo de todo tipo de coacciones y no sólo las de mayor gravedad, siempre que se den los presupuestos de sujetos activos y pasivos de la conducta típica.

Nos encontramos ante un delito que requiere el uso de la violencia (que no ha de ser necesariamente física, como veremos en apartados posteriores), a fin de atentar

contra la libertad deambulatoria o de acción (o inacción) de los sujetos pasivos, siendo éste el bien jurídico a proteger²⁶⁰.

III. Conducta típica y sujetos activos y pasivos

La tipificación de las coacciones en el ámbito de violencia de género es consecuencia de la evolución social, política y legal que hemos ido viendo a lo largo de los párrafos anteriores; recordamos que antes de la llegada de la Ley orgánica 1/2004, la conducta típica de coacciones venía referida en el primero de los apartados del artículo 172 del Código Penal²⁶¹.

Es por ello que, para determinar la conducta típica en el delito de coacciones contra quien sea o haya sido esposa o pareja, hemos de acudir al tipo principal para posteriormente analizar las precisiones concretas que se dan en los casos de coacciones en materia de violencia de género.

Siguiendo a LUZÓN CUESTA²⁶², podemos manifestar que la conducta básica de coacciones se centra en los siguientes elementos:

1º) Uso de la violencia, que acompaña a los verbos nucleares de impedir o compeler. Aunque inicialmente la jurisprudencia estableció un criterio restrictivo,

²⁶⁰ De esta opinión, CARRILLO OLANO, G. / FERNÁNDEZ ARAUJO, I. *op. cit.*, p. 29/33.

²⁶¹ Sobre este tema, ver CARRASCO ANDRINO, M., "Coacciones y amenazas", en *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, disponible en: <http://es.escrip.com/doc/194418894/Coacciones-y-Amenazas>.

²⁶² LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015, p. 62-65. Esta diferenciación se realiza también en el libro de CARRILLO OLANO, antes citado (páginas 31-32), los cuales, además, mencionan la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al efecto, señalando la sentencia 723/2008, de 10 de noviembre, la cual entendía correctamente aplicado el delito de coacciones del art. 172, por cuanto concurrían sus exigencias, que eran: "1.º) Una dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: impedir a alguien hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto; 2.º) Que tal actividad se plasme en una conducta de violencia cuya naturaleza se ha ido ampliando en el tiempo para incluir no solo una vis física sino también la intimidación o vis compulsiva e incluso la fuerza en las cosas o vis in rebus; 3.º) Que esa conducta ofrezca una cierta intensidad, ya que si esta fuera de tono menor aparecería como apropiada la apreciación de una falta, y a ello se refiere el CP cuando dice se debe atender a la gravedad de la coacción de los medios empleados, y teniendo en cuenta que en la jurisprudencia además del desvalor de la acción se toma en cuenta también el desvalor del resultado; 4.º) La existencia de un elemento subjetivo que incluye no solo la conciencia y voluntad de la actividad que se realiza, sino también un ánimo tendencial de restringir la libertad de obrar ajena; 5.º) Ausencia de autorización legítima para obrar en forma coactiva, ausencia que se suele entender existe cuando no concurre una causa eximente de justificación y que es frecuentemente el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber".

limitando la violencia a la fuerza física efectuada sobre el sujeto pasivo, posteriormente modificó su postura, manteniendo hasta nuestros días un criterio amplio, comprendiendo tanto la violencia material (*vis física*), como la intimidatoria o moral (*vis compulsiva*), dirigida contra el sujeto pasivo, bien de modo directo, o indirecto a través de terceras personas o de la *vis in rebus*, que fueren la voluntad de aquél²⁶³, estudiándose incluso la posibilidad de la violencia omisiva.

Entre los actos de violencia física se incluyen los narcóticos e incluso la hipnosis, que aun cuando no comporte contacto físico con la víctima, puede considerarse como un modo violento de impedir o como una modalidad de compeler, al atacar o incluso anular la voluntad de la víctima.

Puede surgir el problema, a la hora de equiparar la jurisprudencia la intimidación a la violencia física, de diferenciación entre las coacciones y las amenazas condicionales. Problema que se soluciona atendiendo a la inmediación del mal anunciado; mientras que el anuncio del mal en las amenazas es futuro, en las coacciones el anuncio del mal aparece como inmediato y directo sobre la conducta del sujeto pasivo.

2º) Impedir hacer o compeler a efectuar.- Podemos apreciar que el primer verbo requiere un resultado, por lo que la consumación sólo ocurrirá si realmente una persona no puede hacer lo que desea. La segunda conducta requiere ser obligada o forzada a actuar, no siendo necesario que se incluya el éxito de la acción en su significado, bastando que el sujeto se vea obligado a actuar en un determinado sentido.

La primera conducta tiene una limitación marcada por el propio artículo; que el impedimento sea sobre un acto que no esté prohibido por la ley, y que el sujeto activo no se encuentre legitimado para impedir esta acción.

La segunda conducta, es decir, el compeler a efectuar lo que uno no quiere, se castiga independientemente si se trata de un acto justo o injusto, aunque lógicamente el tratamiento penológico no será igual si lo que se obliga a hacer es un acto justo que uno injusto, sin perjuicio de la pena que en ambos casos proceda²⁶⁴.

²⁶³ Sentencia núm. 860/1993 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 15 de ABRIL, siendo Ponente D. MARTÍN PALLÍN, J. A.

²⁶⁴ En tal sentido, han planteado problemas las huelgas de hambre y la actitud de los testigos de Jehová,

3º) Relación de causalidad.- Tal y como expone LUZÓN CUESTA, el no hacer o el sentirse compelido a efectuar, ha de ser consecuencia de la violencia que, según la jurisprudencia, ha de tener “cierta intensidad”²⁶⁵, debiendo ponerse en relación con las circunstancias del sujeto pasivo, pudiendo, en función de esta intensidad, diferenciar el delito de la falta (hoy diríamos el delito grave del leve), en cuanto que *entre la coacción-delito y la coacción-falta no existen diferencias cualitativas y sí meramente cuantitativas, por lo que es requisito indispensable para que pueda ser apreciada una de dichas infracciones, la concurrencia de la vis en cualquiera de sus dos modalidades de vis absoluta o vis compulsiva y, a su vez, es menester que se halle determinada una conducta o comportamiento del sujeto activo, que merezca la conceptualización de acción típica porque tenga virtualidad para doblegar la voluntad del sujeto pasivo*²⁶⁶.

4º) Finalidad de atentar contra la libertad.- En el terreno culpabilístico, la jurisprudencia viene a exigir un ánimo tendencial de restringir o cohonestar la libertad de la persona sobre la que se ejerce²⁶⁷.

Respecto de la especialidad en materia de violencia de género, y a la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos hacer las siguientes concreciones:

1.- Igual que veíamos en el caso de las amenazas, las coacciones dirigidas a quien

opuestos a las transfusiones de sangre, habiendo el Tribunal Supremo, respecto de estos últimos, denegado la admisión de querrela contra los jueces que las autorizaron, aduciendo razones de estado de necesidad y ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber en el segundo.

²⁶⁵ Sentencia nº 494/1985 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 25 de Marzo de 1985, Ponente D. LATOUR BROTONS, J. Dicha resolución expone *“El delito de coacciones del 496, requiere, como elementos, un ilicitud de la acción, representada por los verbos nucleares de impedir o compeler, acompañadas de violencia material o psíquica ejercidas directamente como a través de terceras personas o “vis in rebus”, siempre y cuando tengan cierta intensidad para presionar el ánimo y la libertad de decisión, que la distingue de la falta del 585,5.º y que, en última instancia, en el terreno culpabilístico, se detecte un ánimo tendencial de restringir o cohonestar la libertad de la persona sobre la que se ejerce”,* con mención de sentencias de 25 de mayo , 4 de octubre y 2 de diciembre de 1982 , 24 de marzo , 1 de julio , 22 de septiembre y 7 de noviembre de 1983 y 16 de febrero y 11 de julio de 1984).

²⁶⁶ Sentencia nº 1.291/89/1985 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 24 de Abril de 1989, Ponente D. GARCÍA MIGUEL, M.

²⁶⁷ Sentencia nº 494/1985 del Tribunal Supremo, ya enunciada, que cita en este sentido a otras: sentencias de 25 de mayo , 4 de octubre y 2 de diciembre de 1982 , 24 de marzo , 1 de julio , 22 de septiembre y 7 de noviembre de 1983 y 16 de febrero y 11 de julio de 1984.

sea o haya sido esposa o pareja han de ser *leves*, pues en supuesto contrario nos encontraríamos ante el tipo general, y en su caso podríamos aplicar la agravante de ser o haber sido pareja o cónyuge de la víctima, referida en el artículo 22 del Código Penal²⁶⁸. Será función del órgano instructor determinar la gravedad de las mismas, atendiendo al hecho concreto, así como a si se cumplen los supuestos del apartado anterior.

2.- De la misma manera que en las amenazas, no existe una conducta típica detallada para las coacciones leves ocurridas en el ámbito de violencia de género; además, el concepto de *coacción leve* se da igualmente para referirse a las coacciones vertidas hacia personas allegadas contempladas en el artículo 173.2 del Código Penal y que no se encuentran referidas en el apartado de la violencia de género, así como amenazas leves vertidas sobre particulares sin necesidad de relación entre ellos. En estos dos supuestos tampoco existe una descripción de la conducta típica, por lo que nos puede surgir la misma duda que en el caso anterior sobre la aplicación del precepto en cuestión.

Podemos concluir, por tanto, que en el ámbito de las coacciones leves no existe una conducta típica concreta en el ámbito de violencia de género. Debemos acudir, para su calificación, a las conductas referidas en los tipos ordinarios, para después analizar la gravedad de las mismas y en consecuencia, la calificación de éstas y valorarlas conforme a:

- a) La norma general de delito con agravante de relación, o
- b) Según el apartado 172.2 sobre previsión específica de coacción leve en materia de violencia de género (o personas especialmente vulnerable que conviva con el autor, existiendo en este apartado dudas sobre la extensión de este precepto).

3.5.- Delito de vigilancia y acoso: Artículo 172 ter del Código Penal

El delito que vamos a estudiar a continuación es objeto de un examen pormenorizado en el capítulo siguiente. No obstante, atendiendo a la sistemática y en aras

²⁶⁸ Ver Capítulo II, 3.3.3, III.

a una mejor organización de los delitos relacionados con la violencia de género, hemos considerado adecuado exponer en este apartado unas ideas básicas, a modo de introducción, de lo que supone la inclusión de este tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico. Veremos a continuación los rasgos básicos del delito de acoso o *stalking* (en su nombre original), así como la ubicación del mismo en el derecho penal. De este modo estaremos en condiciones, al terminar el presente capítulo, de ofrecer una visión global sobre el conjunto de delitos que guardan relación directa o indirecta con la violencia de género.

3.5.1.- Consideraciones generales

La incorporación de este delito ha sido muy criticado por el conjunto de la doctrina²⁶⁹. Varios autores sostienen que estas conductas de acoso personal no dejan de ser actividades y actitudes cotidianas inocuas por sí solas y que, por tanto, no llegan a superar el umbral mínimo de relevancia penal para fundamentar su criminalización²⁷⁰. Ni siquiera la exigencia de que tales comportamientos sean idóneos para “*alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*” como reclama el artículo 172 ter Código Penal, sería suficiente para respetar el principio de intervención mínima.

También argumentan que, aislando aquellas situaciones de acoso que no pudieran ser resueltas por otros procedimientos distintos a la jurisdicción penal, existen diversos delitos a los que cabría reconducir buena parte de las situaciones como las descritas en el citado artículo 172 ter Código Penal. Entre ellos, encontramos los de coacción, amenaza, injurias y/o trato degradante. Aunque estos mismos autores también reconocen la dificultad formal que presentan estas figuras en casos particulares, ya que estos comportamientos de hostigamiento no siempre implican el uso de la violencia para

²⁶⁹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, *La ley penal* 2013;105: 1-9; BAUCELLS LLADOS, J. “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento”, en PÉREZ, SALAMANCA, A *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2014; y MATAILLIN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015)*. 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 576-577.

²⁷⁰ MATAILLIN EVANGELIO, A., “*Delito de acoso (artículo 172 ter)*”, *op. cit.*, escribe sobre la “criminalización de la molestia”, p.576.

mermar la libertad de obrar (coacción), el anuncio de un mal (amenaza), la expresión de una ofensa para el honor de la víctima (injuria) ni un ataque para su integridad moral (trato degradante). Otro tanto cabe afirmar cuando no exista relación laboral (acoso laboral) y/o finalidad sexual (acoso sexual o acoso sexual sobre menores de 15 años a través de internet o medios similares).

A lo anterior se unen otras razones técnico-jurídicas que descartan la conveniencia de contar un delito específico de estas características en nuestro texto punitivo. Por ejemplo, la ausencia de estudios empíricos que evidencien la necesidad de incorporarlo al código penal; la conveniencia de reconducirlo al delito de amenazas y, sobre todo, al de coacciones (modificando o adaptando su formulación actual o, al menos, asumiendo la interpretación jurisprudencial que se viene haciendo sobre la “violencia” exigida en el tipo); las dificultades probatorias que acarrea; la expansión injustificada del derecho penal; entre otras.

En otra posición se encuentran quienes –entendiendo criticable la incorporación de este delito al código penal- identifican algunas ventajas en la decisión adoptada. Se trata de un sector minoritario. Aducen que el Artículo 172 ter Código Penal permitirá solventar aquellos (pocos) supuestos de acoso que no pueden ser reconducidos a los delitos ya existentes y que, sin embargo, son de gran relevancia. Por ejemplo, algunos comportamientos realizados a través de internet (como el “escrache digital”²⁷¹) o determinadas conductas recurrentes en el ámbito de la violencia de género (como el uso del nombre de la víctima en redes sociales ofreciendo servicios sexuales). De igual modo, se recuerda que la mayoría de códigos penales de nuestro entorno cultural (incluyendo USA y Canadá) cuentan con normas similares a esta²⁷².

²⁷¹ Analiza el escrache digital BUENO DE LA MATA, F. “Tratamiento procesal de los escraches a través de internet”, *La ley penal* 2014: 107; 5-19. Están a favor GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., *La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español*, op. cit., p. 324-329.

²⁷² Ofrecen datos sobre derecho comparado ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de stalking como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, cit. y VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La respuesta jurídico penal frente al stalking en España: presente y futuro”, *ReCrim* 2010. Recuperado de <http://www.uv.es/recrim> en recrim Valencia.

Por otro lado, es cierto que los actos aislados que se proponen como una forma de acoso son –individualmente considerados– acciones irrelevantes, cotidianas e incluso inocuas. También lo es que la víctima que pretenda denunciar esta realidad pueda ser tenida por exagerada y/o sin capacidad de resistir la más mínima presión. Pero no debe olvidarse el contexto en que todo esto ocurre: esas acciones son mensajes cifrados entre víctima y agresor, de gran efecto sobre la primera y de nimio coste para el segundo. Todo ello acompañado de un incompleto diseño y/o adecuación de los tipos penales tradicionales (amenazas y coacciones, principalmente) para solventar esta problemática que, lógicamente, no encuentra respuesta penal alguna, ni siquiera ante los casos más relevantes.

Así las cosas y dado que el tenor literal del artículo 172 ter Código Penal exige que para perseguir esos actos nos encontremos ante una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima así como la necesaria denuncia de los hechos (salvo en los supuestos mencionados en el número 2 de este mismo artículo), consideramos que esta figura completa con acierto el Código Penal actual (aunque sin olvidar los serios inconvenientes que representa esta figura, como indica la doctrina mayoritaria y hemos resumido *supra*).

Como decíamos anteriormente, no existen estudios empíricos que demuestren la necesidad de introducir esta figura delictiva, y en base al principio de intervención mínima que debe aplicarse a la norma penal, podríamos pensar en lo poco acertado de su inclusión aquí.

Sin embargo, en el tiempo que este tipo delictivo lleva en vigor, y a falta de estadísticas fiables que hagan acreditar lo que vamos a exponer a continuación, lo cierto es que los juzgados de violencia de género se encontraron, desde el día 1 de julio de 2015²⁷³, con denuncias presentadas que relataban un comportamiento del denunciado que cumplía con las características del delito de acoso, alegando persecuciones, vigilancias o intentos de ponerse en contacto con la víctima de manera tan repetida que creaban a ésta una sensación de desasosiego e intranquilidad; Antes de esta fecha, decíamos, las

²⁷³Fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015.

denuncias con este contenido bien se archivaban o tras una declaración de la víctima (al no ser los hechos constitutivos de delito), bien eran directamente reconducidas, antes de llegar a un juzgado, a otras disciplinas jurídicas, al no tener cabida en el Código Penal.

Los operadores jurídicos que se encontraban con este problema eran conscientes de la incomodidad y de la merma de tranquilidad y libertad que este comportamiento ocasionaba a las denunciadas o víctimas, pero también eran conscientes que, mientras la conducta no llevara aparejada otra con signo delictivo, nada podían hacer en el marco penal, debiendo reconocer que la libertad deambulatoria era un derecho fundamental que no podía ser frenado sino por causa fundamentada en derecho y en base a unos indicios razonables de delito, lo que hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2015 no era considerado como tal.

3.5.2.- Evolución histórica y legislativa

Tan novedosa es la inclusión de este tipo delictivo que no lo contemplaba ni el más moderno de nuestros códigos, que es el actual, ya que, como hemos comentado, hasta la reforma de 2015, esta figura delictiva no era considerada como tal.

I. Código de 1822²⁷⁴

Este código nada recogía sobre el tipo delictivo objeto de estudio, a pesar de que contemplaba en el Título II del Libro II los *Delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas*. Incluía este Título los delitos referentes a calumnias, injurias y revelación de secretos²⁷⁵.

II. Código de 1848 y su edición reformada de-1850²⁷⁶

Ya hemos analizado en anteriores apartados de este mismo Capítulo, que el Título X del Libro II del Código Penal de 1848 llevaba por rúbrica *Delitos contra la honestidad*, contemplando figuras delictivas tales como adulterio (capítulo I), violación (capítulo II),

²⁷⁴ Código Penal, de 8 de junio de 1822, referenciado anteriormente.

²⁷⁵ *Ibid.*, Título II, Libro II.

²⁷⁶ Real Decreto *por el que se refunde el código penal*, publicado el 30 de junio de 1850, referenciado anteriormente.

estupro y corrupción de menores (capítulo III), raptó (capítulo IV), y disposiciones comunes a todas ellas. Pero ni en este título ni en el siguiente, sobre los *delitos contra el honor*, encontramos figura semejante a la del actual artículo 172 ter.

Tampoco en el Título XIII, referido a los *delitos contra la libertad*, preveía comportamiento parecido, abarcando delitos como detenciones ilegales, abandono de menores, sustracciones de niños, allanamiento de morada, amenazas, coacciones o descubrimiento o revelación de secretos.

*III. Código Penal de 1932*²⁷⁷

El Título X del Libro II regulaba los delitos *Contra la Honestidad*, siguiendo con la estructura de los Códigos de 1848 y siguió el de 1870, y venía referido al delito de violación, abusos deshonestos, escándalo público, estupro y corrupción de menores, raptó y disposiciones comunes a todos ellos. Pero nada decía de figura equiparable a la que aquí nos ocupa.

Tampoco lo hacía el Título XIII, sobre los *delitos contra la libertad*, que sigue la estructura iniciada con el Código de 1848.

*IV. Texto Revisado del Código penal de 1963*²⁷⁸

El Título IX del Libro II del Texto continuaba empleando la rúbrica *De los delitos contra la honestidad*, siguiendo la misma estructura y desarrollo que el Texto anterior. Mantenía la violación, estupro, raptó, adulterio y prostitución, recogiendo en el Título siguiente los *Delitos contra el honor*, sin observar en ninguno de los dos mención o aproximación expresa al delito aquí analizado.

*V. Texto Refundido del Código penal de 1973*²⁷⁹

No encontramos en el Texto refundido de 1973 aproximación o semejanza, entre

²⁷⁷ Ley autorizando al Ministro de este Departamento para publicar como Ley el Código penal reformado, de 5 de noviembre de 1932, referenciado anteriormente.

²⁷⁸ Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal, referenciado anteriormente.

²⁷⁹ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, referenciado anteriormente.

las figuras delictivas, al delito de acoso.

El Título XII, sobre los *Delitos contra la libertad*, mantenía la estructura seguida por lo Códigos anteriores, destacando únicamente la incorporación del delito de omisión del deber de socorro, pero nada relativo a figura delictiva de acoso en el sentido que lo estamos analizando aquí.

VI. Código Penal de 1995

El Código de 1995 en sus orígenes y hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 nada establece sobre esta figura delictiva.

Esta Ley²⁸⁰ introduce, en su Exposición de Motivos, el reconocimiento, dentro de los delitos contra la libertad, de un nuevo tipo penal de acoso que 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 hostigamiento²⁸¹.

3.5.3.- Análisis del tipo penal actual

1. Redacción actual y ubicación

Sin perjuicio del estudio pormenorizado que anunciábamos, podemos avanzar que el delito de acoso se encuentra regulado dentro del Capítulo III del Título VI (Delitos contra la Libertad) del Libro II del Código Penal, y trata sobre Coacciones. Dicho capítulo contiene tres artículos; el primero viene referido al tipo básico de coacciones, con las especialidades -ya estudiadas - sobre la naturaleza de la acción obligada a hacer o compelida a no hacer,

²⁸⁰ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, referenciado anteriormente.

²⁸¹ *Ibid.*, Exposición de Motivos núm. XXIX.

y sobre del sujeto pasivo sobre el que recae la acción²⁸². El segundo prevé los matrimonios forzados, y el tercer artículo entra de lleno en el tema que nos ocupa. Íntegramente introducido por la Ley Orgánica 1/2015, recoge, como veíamos en la introducción, conductas que hasta ahora o no eran consideradas como delito o lo eran pero en base a integrarlas en comportamientos delictivos que en ocasiones tenían difícil cabida penal.

La redacción del artículo 172 ter 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”.*

II. Bien jurídico protegido

El debate sobre el bien jurídico protegido en este delito tampoco resulta pacífico.

²⁸² Sobre coacciones, Ver Capítulo II, 3.4.

La postura mayoritaria descarta la integridad moral como objeto formal²⁸³ y lo hace afirmando que estas conductas de acoso personal suponen un ataque psicológico a la víctima y no a su moral, y porque tampoco se pretende crear un clima hostil u ofensivo para ella. En palabras de ALONSO DE ESCAMILLA²⁸⁴, el trato degradante busca humillar o envilecer a la víctima, mientras que el acoso no busca producir en la víctima dichos sentimientos, sino los de preocupación, temor, inseguridad o desasosiego, entre otros.

Por eso se decantan por identificar como objeto de tutela la libertad del individuo. Pero el acuerdo solo llega hasta ahí, ya que no existe consenso a la hora de fijar en qué fase o momento: proceso de formación de la voluntad, libertad de decidir o libertad de ejecutar la decisión tomada.

Por nuestra parte, entendemos que afecta de forma directa a la fase de toma de decisiones, incidiendo/causando desasosiego y/o temor en la víctima, la cual debe ver alterado gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

III. Conducta típica y sujetos activo y pasivo

La conducta típica viene descrita en el primero de los apartados, enumerando cuatro posibles conductas. El apartado segundo refiere un tipo agravado por razón del sujeto pasivo, el tercero viene referido al concurso con los delitos en que se hubiera concretado los actos de acoso, y el cuarto se refiere al requisito de perseguibilidad.

Respecto de las modalidades de conducta, cabe decir que en cualquiera de las cuatro situaciones descritas en el primer apartado del artículo 172 ter es necesario que se cumpla un doble requisito:

a) Deben ser varios actos (de forma insistente y reiterada, dice el artículo 172 ter Código Penal)

b) Deben ser idóneos para lograr que la víctima altere su manera cotidiana de vivir el día a día²⁸⁵.

²⁸³ A favor de integridad moral, MATELLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, op. cit., p.577.

²⁸⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A., "El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades", op. cit., Sección Estudios.

²⁸⁵ BAUCCELLS LLADOS, J. "Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento", en: *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, cit, exige que sean asimilables a una coacción, que tengan

Se configura así como un delito de resultado, aunque no por ello queda acotado con nitidez el comportamiento típico: acosar a una persona.

La conducta típica constituye, ciertamente, un concepto jurídico indeterminado. VILLACAMPA²⁸⁶, citando a MELOY y GOTHARD, habla de “*patrón de conducta, una suerte de estrategia de hostigamiento anormal, de larga duración y que está dirigida específicamente a una persona*”.

Esta misma autora afirma que el acoso predatorio, como ella lo denomina, es un “*concepto poroso*” de difícil concreción, lo que le lleva a enumerar sus características principales, que podemos compilar de la siguiente manera:

1) Patrón de conducta insidioso y disruptivo; debe tratarse de una serie de actos concatenados, aunque no existe acuerdo sobre el periodo o la frecuencia que estos deben tener. Pueden ser actos de muy distinta naturaleza y, como regla general, socialmente aceptados, de ser singular o aisladamente consideradas.

2) Estas conductas se realizan sin consentimiento de la víctima, al margen de su voluntad;

3) La comunicación o aproximación asfixiante y no querida ha de ser susceptible de generar algún tipo de repercusión, si bien existe disparidad de criterio a la hora de fijar la naturaleza de ese efecto: o bien causa un efecto de desasosiego o temor, o bien debe implicar una irrupción en la vida privada del afectado. Lo que exige el artículo 172 ter es que este comportamiento *altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima*, por lo que será preciso, en el trámite de prueba, concretar que los actos descritos como conducta delictiva han llevado a la víctima a modificar su ritmo de vida a consecuencia de los mismos, siendo necesario una variación grave de las rutinas, tal y como prevé dicho artículo.

Será materia de prueba y de la investigación del /la instructor/a el valorar que estos

esa relevancia mínima a modo de umbral típico, p.85.

²⁸⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico penal frente al *stalking* en España: presente y futuro”, *op. cit.*, la cual establece la exigencia de que la conducta típica consista en más de un acto manifiesto de persecución, no querida por la víctima y que esta perciba como intimidatoria.

comportamientos delictivos han causado en la víctima una alteración grave en su vida cotidiana. A lo largo del capítulo siguiente, dedicado al análisis del delito de acoso, tendremos la oportunidad de estudiar cuál sería el resultado penológico en caso de que el comportamiento del autor no llegara a afectar gravemente este ritmo de vida. Examinaremos si podremos hablar de un delito de acoso en grado de tentativa.

Por lo demás, este delito no puede derivar de cualquier comportamiento, como recuerda MATALLÍN EVANGELIO²⁸⁷, sino que se concreta por disposición legal en la realización de alguna de las (cuatro) conductas que de forma abierta enumera el 172 ter Código Penal.

Aunque con ello no queden zanjados, ni mucho menos, los problemas de definición de la conducta prohibida que venimos indicando.

Así, son muchas las dudas que habrán de ser resueltas para conocer el verdadero alcance de las aludidas conductas: vigilar, perseguir o buscar la cercanía física; contactar o intentar ese contacto a través de cualquier medio de comunicación o terceras personas; usar indebidamente los datos personales de una persona para adquirir productos, contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella; y atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Y a ello dedicaremos el Capítulo III del presente trabajo.

A su vez, el texto delimita el reproche penal a quien realice esos comportamientos “*sin estar legítimamente autorizado*” para ello, en clara referencia –entendemos- a las labores de seguimiento y vigilancia policial que puedan tener lugar.

No obstante, entendemos que la alusión es poco afortunada, innecesaria y confusa.

Este tipo penal, que también recibe el nombre de hostigamiento, acecho, acechanza, acoso o *stalking*, entre otros muchos, conforma un delito común que incluye

²⁸⁷ MATALLIN EVANGELIO, A., “*Delito de acoso (artículo 172 ter)*”, *op. cit.*, p. 581.

una mención expresa a las víctimas que sean alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173. Esto es, aquellas que lo sean de violencia de género y/o violencia doméstica o intrafamiliar.

Y es en este ámbito donde este delito (tan discutido y discutible por las razones expuestas hasta ahora) encuentra mayor justificación, a nuestro entender.

Muchas de las conductas susceptibles de ser castigadas mediante el Artículo 172 ter del Código Penal podrán encontrar acomodo en figuras tradicionales del Código Penal. Principalmente en las amenazas, coacciones, injurias y/o tratos degradantes. Aunque sea a través de las interpretaciones jurisprudenciales con las que el Tribunal Supremo ha forzado –en nuestra opinión- el tenor literal de esos preceptos.

Pero también se ha dicho que algunos de esos comportamientos se quedarán sin respuesta penal, por ser atípicos conforme a tales preceptos. Y aunque sean pocos, esos ataques a la libertad de las personas –en el contexto de la violencia de género y/o violencia doméstica- no pueden resultar impunes, precisamente, por ser en este ámbito donde los actos neutros, inocuos, socialmente aceptados de ser valorados aisladamente, como se decía antes, devienen un verdadero patrón de conducta insidioso y disruptivo que, casi con toda seguridad, solo sabrá interpretar la víctima, por cuanto son mensajes cifrados en un código íntimo, que ambos conocen por haber compartido vivencias de pareja, y que pueden causar la sensación de miedo o desasosiego que pretende el agresor. En estos supuestos, el artículo 172 ter dispone un aumento de pena en su mitad inferior, excluye la necesidad de que la persona agraviada presente la correspondiente denuncia y, por último, permite que el juez no imponga la pena de multa prevista si con ello puede causar un perjuicio a la unidad familiar, conforme lo indicado en el Artículo 84.2º Código Penal.

En cuanto a la penalidad prevista, junto a lo que acabamos de decir, téngase en cuenta que incorpora unas penas inferiores a las que pudiera corresponder en caso de aplicar las figuras genéricas de amenazas, coacciones y/o trato degradante, lo que *a priori* no parece ser muy acertado; sin embargo, el apartado tercero advierte que estas penas se impondrán *sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se*

hubieran concretado los actos de acoso, por lo que el delito de acoso no será obstáculo para imponer penas por otros delitos cometidos por razón o con ocasión de éste, debiendo entrar a valorar el caso concreto para poder aplicar el concurso real, medial o ideal, según las circunstancias.

3.6.- Delito de violencia habitual, vejaciones e injurias: Artículo 173 del Código Penal

3.6.1.- Consideraciones generales

En su redacción originaria, el Código Penal de 1995²⁸⁸ únicamente hacía referencia al tipo penal básico del trato degradante, y recogía como conducta típica el *infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*.

Lo que comenzó siendo un tipo referido a una conducta determinada (infringir a una persona un trato degradante), fue incorporando, a lo largo de los años, comportamientos de diversa consideración a su articulado. Esto ha propiciado que el tipo penal abra los márgenes de actuación y de cabida a nuevas conductas delictivas, pero también provoca, en ocasiones, dificultad en cuanto a la naturaleza y ámbito de aplicación.

El artículo 173 ha sido modificado en tres ocasiones desde el año 1995. De esta manera, a su redacción inicial de 1995, la Ley Orgánica 11/2003 incorpora el concepto de “violencia habitual”, así como las agravantes en caso de comisión del delito en presencia de menores, en el domicilio familiar o la realización del tipo con armas u otros instrumentos peligrosos. Por su parte, la Ley Orgánica 5/2010 añade en el apartado primero, el tipo de acoso laboral y funcionarial y el acoso inmobiliario. Por último, la Ley Orgánica 1/2015 sustituye el término “incapaz” por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, añade la posibilidad de imponer la libertad vigilada en el segundo apartado, e incorpora el delito leve de injurias.

3.6.2.- Evolución histórica y legislativa

Bajo la rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, el Título

²⁸⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

VII del Libro II del Código Penal de 1995 incorpora como el primero de sus supuestos el artículo objeto de estudio en el presente apartado.

Ya con una primera lectura del artículo en cuestión podemos observar que el artículo 173 contiene la tipificación de conductas dispares, que podrían incluso ser objeto de estudio por separado.

Pero lo cierto es que la totalidad de las conductas atienden a un fin común, como veremos en el desarrollo del tipo: atentar contra la integridad de la víctima.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el artículo 173 ha añadido a su articulado las vejaciones e injurias leves contra quien sea o haya sido esposa o pareja del autor. Así, este tipo delictivo se añade a los ya presentes, tales como el sometimiento a un trato degradante, hostilidad y humillación en el marco de una relación laboral o de acceso a la vivienda, o violencia habitual contra determinadas personas (éste último tipo el que será objeto de estudio por tener relación con la violencia de género).

Vemos ahora la evolución legislativa producida en nuestro derecho en lo relativo al delito de maltrato. Debemos adelantar que el maltrato habitual es una figura de reciente reconocimiento legislativo, por lo que no encontraremos un tipo semejante en los primeros Códigos Penales de nuestro ordenamiento. Lo mismo podemos apuntar del acoso laboral e inmobiliario. En cambio los delitos de injurias sí han tenido cabida en los Textos anteriores, como vamos a ver a continuación.

1. Código de 1822²⁸⁹

La época de promulgación del primer Código español se caracterizó, entre otras cosas, por dar una importancia supina a los actos de honor, y de ahí que fuera considerado como atenuante el realizar una conducta delictiva tras recibir una ofensa o deshonra ²⁹⁰.

²⁸⁹ *Código Penal*, de 8 de junio de 1822, referenciada anteriormente.

²⁹⁰ *Íbid.*, Véase a modo de ejemplo el Artículo 623: “*El que mate al que lo provoca por alguna otra ofensa, injuria ó deshonra grave...*” (en su redacción original), que impone pena de reclusión y destierro, frente a la pena de muerte a imponer en el tipo básico de homicidio del Artículo 605, sin que sea necesario que esta deshonra o provocación haya causado enajenación o trastorno alguno en la persona del autor, por lo que

Como adelantábamos, no encontramos en este Código ninguna referencia al maltrato tal y como se encuentra tipificado actualmente. Las figuras más aproximadas al tipo se referían al ultraje, y a una alusión al maltrato que, como veremos, poca relación guarda con el tipo actual.

El Capítulo II del Título I de la Parte Segunda del Código de 1822 llevaba por rúbrica *De las heridas, ultrajes y malos tratos de obra*.

El concepto de *ultraje* se podía extraer de la redacción del artículo 646 del Código: *“Tendráse por ultraje todo mal tratamiento de obra que en la opinión comun cause afrenta, deshonra, vituperio ó descrédito, ó atente contra el pudor de una persona, ó manifieste escarnio é desprecio de ella”*²⁹¹, y lo hacía para referirse a las heridas causadas cuando, además de la herida en sí, *“mediare bofetada en la cara, ó palo dado , ú otro insulto hecho á persona honrada á presencia de otra ú otras, de manera que ademas de la herida ó golpe se declare haber habido ultraje”*, pudiendo por tanto hablar de un concurso entre la lesión producida y el acto humillante que, eso sí, requería la comisión de una acción determinada (bofetada, palo, insulto) y un sujeto pasivo con unas características determinadas (que este acto se haya cometido contra persona honrada en presencia de otra/s persona/s).

El siguiente artículo imponía un tipo atenuado en el caso que el ultraje no causara daño material a la persona que lo sufría, ni atentara contra su pudor directamente, pero, sin embargo al tiempo entendía el ultraje como circunstancia agravante en los casos de los artículos 642 y 643 (lesión con intencionalidad homicida, que hoy en día se perseguiría como tentativa de homicidio y no como lesiones, pues la intencionalidad se encuentra presente en la configuración de nuestros tipos penales delictivos actuales).

El artículo 649, paradójicamente con lo que sucede en el tipo actual, castigaba a quien maltratase de obra a su *amo o persona de la que recibe salario* (entre otros sujetos pasivos), incluyendo el artículo a la mujer que a sabiendas hiriera o maltratase de obra a su marido, siempre que lo hiciera por medio de personas sobornadas, o con alguna otra

entendemos que éste se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales a la hora de cometer el hecho delictivo.

²⁹¹ En su redacción original.

de las circunstancias de asesinato. Obsérvese que no se comprendía, en el articulado, la situación inversa de maltrato de obra del esposo a la esposa.

Por lo que respecta a las injurias, esta figura delictiva ya se contempló en el Código Penal de 1822.

Y no sólo en éste; en los Códigos posteriores también se reconoció una importancia notable a los hechos tipificados como injurias, contemplando distinta pena según la relevancia de la injuria proferida.

Hemos de tener en cuenta que el delito de injurias está directamente relacionado con las formas de interacción sociales, y que, tratándose de un delito contra el honor, entran en juego valores tan dispares como la concepción de la propia persona sobre sí misma, la que tienen los demás sobre ella, o el ambiente educacional o cultural en el que la persona haya adquirido los valores por los que en su caso puede reclamar o denunciar.

Es por estos factores por lo que el contenido de esta figura delictiva ha venido variando sustancialmente a medida que la sociedad ha evolucionado.

La conducta ilícita de injurias podía cometerse mediante acción o expresión; de esta manera, actuaciones tales como negar el saludo o tirar el guante al suelo eran en su día constitutivas de delito de injurias, entendiéndose también que el delito de vejaciones, que a día de hoy tiene una regulación penal idéntica que la de injurias, estuvo en los orígenes de la codificación embebido por la conducta típica constitutiva de delito o falta de injurias, pues ésta se asemeja a lo que hoy podemos llamar vejación.

II. Código de 1848 y su edición reformada de 1850²⁹²

Tampoco encontramos en este Código referencias expresas al maltrato, tal y como lo reconocemos actualmente.

Respecto de las injurias, el Código de 1850, refundiendo el de 1848, contemplaba en su artículo 382 este delito, estableciendo que *las injurias leves serán castigadas con las*

²⁹² Real Decreto *por el que se refunde el código penal*, publicado el 30 de junio de 1850, referenciado anteriormente.

penas de arresto mayor en su grado mínimo, y multa, cuando fueren hechas por escrito y publicidad, sino como faltas.

III. Código Penal de 1932²⁹³

Este Código tampoco regulaba figuras delictivas relacionadas con el maltrato. Por lo que se refiere a las injurias, el Texto vino a introducir un cambio sustancial en el tratamiento de la injuria y la vejación, pues diferenció estos tipos delictivos en cuanto a la naturaleza y a sus consecuencias jurídicas; así, el artículo 579 del Código de 1932 castigaba con las penas de uno a cinco días de arresto o multa de cinco a cien pesetas, entre otras conductas, a los que *causaren a otro una coacción o vejación injusta y no penada en el Libro II de este código*, y el artículo 580 castiga a los que *injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra, si reclama el ofendido*, exigiendo ya por entonces lo que hoy llamamos denuncia previa²⁹⁴.

Si al hacer referencia al Código de 1850 decíamos que la figura delictiva de la vejación parecía embebida en la figura de injurias, lo característico de este Código, en este punto es, por contra, que sí formuló distinción entre una figura y otra, pero lo hizo equiparando la conducta y consecuencias jurídicas de la vejación a las coacciones.

No distinguía el Código del 32 entre distintos tipos de vejaciones o coacciones; si comprobamos el articulado del actual Código Penal, podemos observar como las coacciones pueden ser constitutivas de delito leve o menos grave (dependiendo del sujeto pasivo sobre el que recaiga la acción), y en el caso de las injurias únicamente se consideran delito las cometidas por hombres hacia mujeres a las que estén o hayan estado unidos por vínculo sentimental o si la víctima es pariente o persona especialmente vulnerable, por lo tanto son dos tipos hoy en día claramente diferenciados.

Como decimos, las injurias y las vejaciones se recogían de manera separada en el

²⁹³ Ley autorizando al Ministro de este Departamento para publicar como Ley el Código penal reformado, de 5 de noviembre de 1932, referenciada anteriormente.

²⁹⁴ En derecho penal es usado el término denuncia para referirse a ejercitar acciones penales, mientras que la acción de reclamar queda referida en la mayoría de los casos a acciones civiles, puras o derivadas de los delitos.

Código de 1932; las injurias graves se encontraban previstas y penadas en dicho Texto en los 451 a 455, y las leves en el artículo 580.1, por el cual se castigaba a quienes injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguía la pena.

IV. Texto Revisado del Código penal de 1963²⁹⁵

El Texto siguió sin comprender en su articulado mención al maltrato. Por lo que a las injurias se refiere, el Título X venía referido a los delitos de esta naturaleza, sin hacer distinción expresa por razón del sujeto pasivo.

El Texto Revisado siguió la misma línea que el Código del 32, confiriendo distinto tratamiento jurídico y penal a las vejaciones y a las injurias, relacionando las primeras con las coacciones e individualizando las segundas como figura delictiva con naturaleza jurídica propia.

Este distinto tratamiento normativo podía comprobarse al acudir al articulado del texto de 1963; el artículo 585.5 castigaba a *Los que causaren a otro una coacción o vejación injusta de carácter leve*, mientras que el artículo 586.1 castigaba con multa y represión privada a *los que injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena*.

Además de semejante tratamiento en el Código de 1932 y el Texto Revisado de 1963, ambas normas compartían otra particularidad: la necesidad de perseguibilidad de parte para instruir o enjuiciar el tipo penal; de la lectura del articulado comprobamos que, mientras que para perseguir la injuria era necesario la reclamación del ofendido -y así constaba expresamente en el artículo 586.1-, este requisito no se contemplaba en el caso de las vejaciones, pudiendo en consecuencia actuar de oficio la autoridad competente.

V. Texto Refundido del Código penal de 1973

Tras la promulgación del Texto Refundido del Código Penal de 1973, que se limitó a introducir alguna modificación concreta, manteniendo artículos bis y sin contenido, se

²⁹⁵ Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal, referenciado anteriormente.

sucedieron numerosas reformas, las cuales pasaron necesariamente por introducir en la norma penal las consecuencias del fin de la dictadura, que supusieron un cambio en la perspectiva política, social y en consecuencia penal, pero que no conllevaron una modificación sustancial en el tratamiento de las injurias o vejaciones en temas relacionados con violencia de género (término, por supuesto, que no se conocía aún), pero tampoco a nivel de protección de víctimas relacionadas con el autor por razón de parentesco.

VI. Código Penal de 1995

a) Redacción original, con entrada en vigor el 24 de mayo de 1996 y vigente hasta el 30 de septiembre de 2003.

La publicación del Código de 1995²⁹⁶ supuso la adaptación penal a los valores constitucionales, incluyendo importantes reformas en materias de sistema de penas, lo que permitió alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. También eliminó figuras delictivas que habían perdido su razón de ser e introdujo figuras delictivas nuevas que la sociedad venía demandando.

La redacción originaria del artículo 173 preveía únicamente el trato degradante a una persona, menoscabando gravemente su integridad moral. Este apartado ha venido manteniéndose a lo largo de las sucesivas modificaciones del mencionado artículo, posicionándose en primer lugar y dando pie a subsiguientes conductas típicas desarrolladas a continuación de ésta.

No preveía el Código de 1995 diferenciación de pena ni de consecuencias penales en función del sujeto activo o pasivo, así como tampoco la definición de *trato degradante* ni de *menoscabo grave de la integridad moral*, por lo que la aplicación quedaba en manos de los juzgadores, los cuales debían ponderar el hecho concreto y ponerlo en relación con la realidad social del momento, así como con distintos factores no propiamente jurídicos que le ayudaran a perfeccionar y definir el tipo delictivo, por lo que la seguridad jurídica requería un trabajo minucioso de estos juzgadores, a la hora de exponer la conducta típica realizada por el autor de tales hechos.

²⁹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

Por lo que respecta a las vejaciones e injurias de carácter leve (las injurias graves y las calumnias se regulan con arreglo a los preceptos generales del artículo 208 y concordantes de Código penal, sin especialización por razón de la materia), el Código del 95 las agrupaba en un mismo apartado, junto con las coacciones y amenazas sin instrumento peligroso²⁹⁷, imponiendo la necesidad de denuncia previa del ofendido para perseguir las faltas.

En concreto, la injuria constitutiva de falta se diferenciaba del delito definido en el artículo 208 en atención a la levedad o gravedad de la acción o expresión que lesionaban la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, debiendo tenerse en cuenta, por otra parte, que, conforme al último párrafo del artículo 208, las injurias que consistieran en la imputación de hechos no se consideraban graves, salvo cuando se hubiera llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad; y que, a diferencia del Código anterior, las injurias leves eran constitutivas de falta, aunque se realizasen por escrito y con publicidad.

La vejación injusta también se caracterizaba por ser leve.

El artículo 620 del Código Penal (que a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015 queda, en parte, integrado en el artículo anterior) ha sido objeto de cuatro importantes reformas, operadas por las Leyes Orgánicas 14/1999, 15/2003, 1/2004 y 1/2015, que debemos señalar a continuación.

Vemos la primera modificación, operada en 1999, por ser la vigente en el periodo que estamos analizando²⁹⁸.

Respecto del artículo 620 del Código Penal, se añadió un nuevo párrafo, que pasó

²⁹⁷ *Íbid.*, Artículo 620.2: “Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: (...) 2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve (...)”.

²⁹⁸ La reforma de La Ley Orgánica 14/1999, referenciada anteriormente, modificó el Código Penal, a fin de adaptarlo al *Plan de acción contra la violencia doméstica*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, y en concreto afectó a los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620, haciendo posible, respecto de las faltas contempladas en el artículo 620, el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas.

a ser el último, quedando dichos párrafos con la siguiente redacción: *“Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

Manteniendo el requisito de denuncia del ofendido o representante legal para proceder a la perseguibilidad, la reforma operada por la Ley 14/99 introdujo una especialidad referente a las personas que detalla el artículo 153 del Código Penal, y que afectaba a la pena y al requisito de perseguibilidad:

1º) *Sobre sujetos comprendidos en el artículo 153: la Ley 14/99 modificó el artículo 153, el cual preveía y castigaba el delito de maltrato habitual, y fijó los sujetos pasivos en las siguientes personas: “(...) quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él (el agresor) de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro (...)”.*

Mientras que la violencia doméstica era ya recogida y amparada en otras disposiciones, y resultaba aceptada por la sociedad, la violencia de género como tal no había sido reconocida formalmente en nuestro ordenamiento jurídico; eran las normas y convenios de corte internacional las que estaban dando forma a esta figura, proclamando la necesidad de disponer de explícita cobertura penal a las víctimas de agresión por parte de quienes eran o habían sido sus cónyuges o parejas.

Es por ello por lo que la alusión en el artículo 620 al artículo 153 supuso un avance en el reconocimiento del estatuto jurídico de la mujer como víctima de violencia, aunque en este momento se equiparaba, en cuanto a la calificación y consecuencias, a las víctimas de lo que ya se conocía como *violencia doméstica*.

2º) *Sobre la pena.*- El artículo 620 castigaba con pena de multa de diez a veinte días las faltas que éste describía, si bien, en el caso que el ofendido fuera alguna de las personas descritas en el artículo 153 del Código Penal, la pena a imponer era alternativa, entre arresto de dos a cuatro fines de semana o la genérica de multa de diez a veinte días, y ello a fin de adecuar la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima, ya que tratándose de las personas referenciadas en el artículo 153, podía darse el caso de que las víctimas fueran dependientes económicamente del propio agresor, y en caso de que el juez impusiere a éste una sanción pecuniaria, podría tener consecuencias negativas en las necesidades del sujeto perjudicado. De ahí a que el propio artículo exigiera tener en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.

3º) *Sobre el requisito de perseguibilidad.*- La ley 14/99 estableció una especialidad en cuanto al requisito de denuncia previa a fin de perseguir las faltas contempladas en el artículo 620, exponiendo que *“En estos casos (cuando la víctima fuera una de las personas expuestas en el artículo 153 del Código Penal) no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”*.

Mucho se ha discutido desde la redacción de este apartado sobre la necesidad de incluir esta excepción al requisito de denuncia para perseguir estas faltas (ahora reconvertidas en delitos o desaparecidas, si no es materia de violencia de género), y lo cierto es que la causa de incluir esta excepción obedecía al deber del estado de proteger a todos los sujetos con las armas que el derecho le otorgaba, teniendo en cuenta las distintas situaciones de desprotección en las que podían quedar los sujetos afectados por delitos o faltas. En este caso, la excepción del requisito de denuncia previa se basaba en la relación de intimidad que en cualquiera de los casos del artículo 153 tenía el perjudicado o perjudicada con el presunto autor de los hechos, y que por ello podía no ser fácil o incluso comprensible la denuncia por tales acontecimientos, pudiendo darse el caso que sea la propia unidad familiar la que demostrara interés en no proceder a judicializar lo acontecido en el seno familiar. Con independencia de la consideración sobre si el estado

actúa aquí o no como un *pater familias*, al sustituir el requisito de denuncia por una actuación de oficio, lo cierto es que la justicia podía actuar de oficio en estos casos, supliendo con ello la voluntad de la víctima a querer verse o no implicada en un proceso judicial, independientemente que hubieran resultado lesionados su derechos y libertades. Sin embargo, una vez judicializada la causa, nos encontramos con la advertencia del artículo 261 (dispensa de denunciar) o con la del artículo 416 (dispensa de declarar) del perjudicado cuando el investigado o denunciado guardaba con él una relación como era la que les unía en virtud del artículo 153 del Código Penal.

Nos encontrábamos así con que, en un procedimiento de faltas (recordamos que estamos en el Código Penal en su redacción original reformada por ley 14/1999), podía iniciarse una causa de oficio, aun cuando el ofendido no hubiera denunciado (e incluso aunque no quisiera denunciar), pero que sin embargo, una vez incoada, cabía la posibilidad de que se archivara por falta de pruebas, si el ofendido se acogía a su derecho a no declarar (por encontrarse amparado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Existía pues cierta paradoja entre la razón de ser del derecho sustantivo y el procesal, amparando el primero la actuación de oficio, y el segundo la capacidad de determinados sujetos pasivos de evitar la continuación del proceso por la falta de declaración, cuando ésta era la prueba principal (o la única) para continuar con la investigación.

Por tanto, aunque en la teoría existiera una diferencia de trato en la aplicación de las consecuencias penales de este artículo, lo cierto es que en la práctica podía considerarse que en ocasiones la acción penal podía no prosperar si el perjudicado no tenía voluntad de hacerlo, pues al no constar su declaración, y ante la falta de otras eventuales pruebas, podía resultar imposible continuar con la instrucción de la misma (o en este caso, tratándose de faltas y teniendo en cuenta que no existía instrucción, ante el dictado de sentencia absolutoria).

b) Redacción dada por LO 11/2003²⁹⁹, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2003

²⁹⁹ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana*,

y vigente hasta el 22 de diciembre de 2010.

Por esta Ley se introdujo el concepto de la violencia física o síquica habitual, y el apartado segundo, donde quedó inserto este concepto, se mantuvo vigente en las sucesivas actualizaciones del artículo, hasta llegar a nuestros días. Las diferencias entre la redacción de 2003 y la actual (operada por la Ley Orgánica 1/2015), se centraban en las adaptaciones a la realidad jurídica (desaparición de las faltas), cambio del término “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, adaptación penológica (aumento de dos a tres años la pena de privación del derecho de tenencia y porte de armas), y la posibilidad de incorporar la medida de libertad vigilada (medida no contemplada en el Código Penal de 1995).

Por lo anterior, dado que la redacción y el sentido del apartado incorporado a raíz de la ley Orgánica 11/2003 se ha perpetuado a lo largo de las sucesivas modificaciones sin resultar afectado en su esencia y en aras de no reiterar argumentos, el punto segundo será analizado en el desarrollo de la redacción final del artículo.

Respecto de las vejaciones y las injurias, quedaron reformada por la Ley Orgánica 15/2003³⁰⁰, la cual conllevó la incorporación de penas de localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad frente a la pena de multa o de arrestos de fin de semana, suprimiendo esta última figura, toda vez que la misma no había terminado de encajar en nuestro sistema penal.

Desde la perspectiva que nos da el paso del tiempo, constatamos que las fluctuaciones sociales y políticas llevaron al legislador a optar por sanciones que en otro tiempo se consideraban innecesarias o perjudiciales para los fines de la pena; encontramos así la pena de multa en las injurias y vejaciones: hasta la llegada de la Ley 15/2003, las vejaciones e injurias se castigaban con pena de arresto o multa, y tras la reforma operada por dicha Ley, la pena a imponer en estos casos pasó a ser de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Sin embargo, la Ley 1/2015

violencia doméstica e integración social de los extranjeros, referenciada anteriormente.

³⁰⁰ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

reintroduce la pena de multa en los casos de delitos de vejaciones e injurias cuando la conducta se realice sobre sujeto pasivo contemplado en artículo 173.2 Código Penal, pudiéndose imponer la misma de forma alternativa con la de trabajos o localización permanente), dando la posibilidad al juez de castigar las mencionadas conductas con pena de multa en caso que se demuestre que entre la víctima y el agresor no existe dependencia o intereses económicos.

Otro importante cambio que realizó la Ley 15/2003 fue la modificación de la referencia que constaba en el apartado segundo del artículo 620.2 del Código Penal; hasta la reforma de la Ley 15/2003, dicha referencia al sujeto pasivo se hacía respecto al artículo 153, mientras que tras la reforma operada en 2003, el artículo pasó a referirse a las víctimas que aparecen reflejadas en el artículo 173.2, constituyéndose un elenco mucho más amplio de víctimas de esta figura constitutiva de faltas³⁰¹.

La Ley Orgánica 1/2004³⁰², a pesar de constituir una revolución en el marco político-criminal en materia de violencia de género, no trajo consigo una modificación sustancial del apartado referido a las faltas y vejaciones propias de esta materia, tal vez porque ya desde antes de constituirse la ley 1/2004 existía una conciencia clara y explícita sobre el deber de castigar conductas que, además de revestir apariencia delictiva o constitutiva de faltas, eran merecedoras de un mayor reproche según el bien jurídico protegido que violentaban, siendo el reflejo de estas palabras las leyes antes mencionadas.

c) Redacción dada por LO 5/2010³⁰³, con entrada en vigor el 23 de diciembre de

³⁰¹ Sobre este tema, ver, entre otros, BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., "Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal", en VILLACAMPA ESTRIARTE, C. (Coordinadora), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; BOLEA BARDÓN, C., "En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", en RECPC, núm. 9-02, 2007; DE LA MATA BARRANCO, N. / PÉREZ MACHÍO, A. I., "El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal", en *Revista Penal*, nº 15, 2009.

³⁰² Ley Orgánica 1/2004, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, referenciada anteriormente.

³⁰³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, referenciada anteriormente.

2010 y vigente hasta el 30 de junio de 2015.

La Exposición de Motivos de dicha ley explicaba la introducción del delito de acoso laboral y del acoso en la posesión de viviendas. En aras a no reiterar argumentos, detallaremos estas figuras al analizar el tipo actual.

d) Redacción actual, dada por LO 1/2015³⁰⁴, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

La Ley Orgánica 1/2015 reforma el apartado 2 e introduce el número cuarto, referido a las injurias y vejaciones.

Sobre el apartado segundo, ya hemos apuntado anteriormente que los cambios se refieren a adaptaciones a la realidad jurídica (desaparición de las faltas), cambio del término “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, adaptación penológica (aumento de dos a tres años la pena de privación del derecho de tenencia y porte de armas), y la posibilidad de incorporar la medida de libertad vigilada (medida no contemplada en el Código Penal de 1995).

Sobre el nuevo apartado cuarto, está directamente relacionado con la desaparición del Libro III del Código Penal, referido a las Faltas.

Y es que La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 conlleva la eliminación del Libro III del Código Penal -que hacía referencia a las Faltas-, y las injurias y vejaciones leves siendo la víctima alguna de las personas reflejadas en el artículo 173.2 pasan a regularse y penarse según el artículo 173.4 del Código Penal, artículo que estudiaremos al analizar el tipo penal.

3.6.3.- Análisis del tipo penal

I. Redacción actual y Ubicación

El artículo 173 queda redactado así: *“1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el*

³⁰⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra uno de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada. 3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. 4. Quien cause injuria o vejación

injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

El artículo 173 del Código Penal se encuentra regulado en el Título VII (“De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”) del Libro II (“De los delitos y sus penas”); los artículos previstos en este título tutelan específicamente la integridad moral, otorgando al ciudadano una protección más fuerte frente a la tortura. De esta manera, se desarrolla adecuadamente el artículo 15 de la Constitución, que declara que *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*

II. Bien jurídico protegido

Entendemos, por tanto, que el bien jurídico protegido es la integridad moral, en cualquiera de las vertientes que reconoce el articulado del Título VII, ya sea con carácter general o de manera especial por el sujeto pasivo (violencia de género, doméstica, a personas vulnerables) o por razón del sujeto activo (si es cometida por sujetos generalmente capaces, o de *propia mano* si la conducta delictiva es cometida por persona perteneciente al funcionariado público).

III. Conducta típica y sujetos activo y pasivo

Como hemos mencionado en la introducción, el artículo 173 Código Penal recoge distintos comportamientos delictivos que, aun teniendo en común el atentado a la integridad de las personas, presentan peculiaridades los unos respecto de los otros, por los que, al estudiar la conducta típica y los sujetos, debemos hacerlo desde los distintos prismas que se recogen en dicho artículo.

i) El primero de los apartados del artículo 173 castiga tres conductas típicas, que

requieren, todas ellas, un atentado contra la integridad moral del sujeto pasivo:

- *Los tratos degradantes que menoscaben la integridad moral del sujeto pasivo*, requiriendo por tanto para su perfección un resultado concreto (el resultado es que efectivamente menoscabe la moral atacada).

No existen especialidades en cuanto a sujetos activos y pasivos, pudiendo ser autor de los hechos cualquier persona capaz de asumir penalmente sus actos, y sujeto pasivo aquél que haya visto mermada su integridad moral a consecuencia del comportamiento del sujeto activo hacia él.

- El llamado *acoso laboral*, exigiéndose un resultado concreto, como es la prueba de la existencia de un grave acoso, causado por tratos hostiles o humillantes, pudiendo realizarse la conducta por quien tenga una relación de superioridad laboral o funcional con la víctima.

- El *acoso inmobiliario*, exigiendo como conducta típica la del trato hostil y humillante tendente a impedir el legítimo disfrute de la vivienda; sujeto activo será aquél que se encuentre en posición de realizar tales actos, encontrándonos con el supuesto probable que el sujeto activo tenga posición de garante, tal como ser el propietario-arrendador, proveedor de suministros, etc.

ii) El segundo caso lo encontramos en el apartado 2 y 3 del artículo 173, referido a la violencia habitual causado por quien tiene una relación estrecha con la víctima. En cuanto a la conducta típica, el artículo se refiere al que *habitualmente ejerza la violencia física o síquica*, entendiéndose respecto a la habitualidad lo dispuesto en el apartado tercero del artículo, el cual expone que, para apreciar esta condición se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Sin embargo, tal y como expone LUZÓN CUESTA³⁰⁵, aunque el precepto considera intrascendente el que los precedentes actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento, de no haberlos sido, y salvo que se acumulen con el nuevo acto en un solo proceso por delito, la condena podría quebrantar el principio de presunción de inocencia.

Del mismo modo, establece MONTALBÁN HUERTAS que la cuestión de habitualidad en el artículo 173.2 del Código Penal “atiende a un criterio criminalístico, no jurídico; de suerte que, resulta indiferente que los hechos violentos integrados en el delito de violencia habitual hayan sido o no objeto de sanción penal de manera aislada anteriormente³⁰⁶.

Hemos tenido ocasión de comprobar que la jurisprudencia también se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el concepto de habitualidad. Recientemente lo ha vuelto hacer. La sentencia de 20 de abril de 2016 reconoce que la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. Dicha resolución se aparta de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, y que establecía un paralelismo con la habitualidad que describe el *artículo 94 CP* a efectos de sustitución de penas, fijándola en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. *“Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala –expone la resolución-- la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.*

La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella, aunque no la

³⁰⁵ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial, op. cit.*, en el tea referido al maltrato familiar.

³⁰⁶ MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 44. Establece esta autora, por comparación, que el CP Portugués y Alemán no exigen el requisito de la habitualidad, si bien establecen una agravación de la pena cuando el resultado del maltrato ha producido daños graves o muerte.

única vía para su acreditación³⁰⁷” (entre otras SSTs 765/2011 de 19 de julio ; 701/2013 de 30 de septiembre ; 981/2013 de 23 de diciembre y 856 /2014 de 26 de diciembre).

Por lo que respecta a la consideración de los sujetos activo y pasivo, la misma estará íntimamente relacionada, de tal manera que la calificación de uno determinará la del otro.

Sobre el sujeto activo, el apartado segundo reconoce como tales a los hombres que sean o hayan sido parejas de las víctimas, que sean parientes de éstas o que las mismas dependan de él, por ser personas especialmente vulnerables.

En correlación con lo anterior, los sujetos pasivos serán las personas contra las que viene referenciada la acción.

iii) El tercer caso alude a las injurias y vejaciones leves , previstas y penadas en el artículo 173.4.

Como veremos en el desarrollo del tipo delictivo, las vejaciones y las injurias se encuentran destipificadas a raíz de la reforma operada por LO 1/2015. Sin embargo, esta figura se mantiene para los casos en los que los ofendidos sean alguna de las personas referidas en el artículo 173.2, manteniendo, tal y como venía exigido en la redacción anterior, el requisito de denuncia prevista para proceder a su perseguibilidad.

IV. Análisis del Tipo

i) Tipo Básico de trato degradante, del primer apartado del artículo 173

El tipo básico recoge tres conductas distintas, castigando con pena de prisión a quien I) *infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, II) al que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra uno de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante supongan grave acoso contra la víctima, y III) al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes*

³⁰⁷ Sentencia núm. 328/2016, del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de abril de 2016, siendo ponente D. MARTINEZ ARRIETA, A, citando las sentencias 765/2011 de 19 de julio; 701/2013 de 30 de septiembre ; 981/2013 de 23 de diciembre y 856 /2014 de 26 de diciembre.

que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Las tres conductas que recoge el artículo 173.1, *siendo* distintas entre sí, tienden a un fin común, justificando así la ubicación normativa: la protección de la integridad moral de aquéllos que reciben tratos degradantes por otra persona, requiriendo igualmente un mismo comportamiento del sujeto pasivo: una actitud hostil y humillante.

Mientras que en el primer punto no existe especialidad en cuanto a los sujetos activos y pasivos, siendo necesario únicamente la realización de la conducta descrita y la consecución del resultado (menoscabar la integridad moral de forma grave), el segundo supuesto requiere una relación previa existente entre los sujetos activo y pasivo, en concreto, una relación laboral o funcional, dando por reproducido lo visto anteriormente al estudiar los sujetos activos y pasivos.

El tercer apartado del artículo 173.1 mantiene el requisito del comportamiento hostil y humillante del sujeto activo hacia el pasivo, pero, a diferencia de los otros apartados, el fin al que tiende es perturbarlo en su legítimo uso de vivienda, logrando de esta manera que el *acoso* inmobiliario tenga ya cabida en nuestro derecho penal con norma punitiva propia, algo demandado socialmente pero que hasta la reforma de 2010 no se había materializado.

El apartado primero no presenta especialidades en casos de violencia de género, debiendo tramitarse conforme la norma procesal general.

ii) *Violencia habitual sobre allegados del agresor, apartados 2 y 3 del artículo 173*

El apartado segundo del artículo 173 reviste una gran importancia, no sólo por recoger figuras delictivas propias, sino por la alusión que a él hacen un gran número de artículos al referirse a los sujetos pasivos de su acción³⁰⁸.

La conducta típica viene referida, como ya hemos apuntado anteriormente, a la

³⁰⁸ Entre otras: el artículo 173,2 se menciona en las coacciones leves en Artículo 172,3 *in fine* del Código Penal, en la imposición de libertad vigilada en casos de lesiones en Artículo 156 ter Código Penal; en amenazas leves, en Artículo 171,2 *in fine* Código Penal.

violencia habitual, siendo requisito necesario para proceder a la persecución de tal delito que los sujetos pasivos se encuentren entre las personas referidas en los siguientes casos:

a) *Quien sea o haya sido cónyuge o pareja del agresor aun sin convivencia*

b) *Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente*

c) *Menores, personas vulnerables o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, y personas vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

El primer supuesto viene referido a los casos de violencia de género, en los que la violencia es ejercida de manera habitual sobre quien es o ha sido su pareja sentimental, remitiéndonos a lo que hemos comentado respecto de las lesiones del artículo 153.1, añadiendo el factor de la habitualidad descrito en el apartado tercero de este apartado.

El segundo punto recoge la violencia habitual ejercida sobre la llamada *familia nuclear*: ascendientes, descendientes, colaterales.

En este caso, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿debe ser exigida la convivencia entre estas personas para calificar una conducta con arreglo a este artículo y no a unas lesiones del tipo básico del artículo 147.2 o 147.3?

La Sentencia 115/2015³⁰⁹ de la Audiencia Provincial de Girona recuerda el problema y la solución a esta disyuntiva, advirtiendo que la dicción del Artículo 173. 2, al que se remite el Artículo 153. 2 del Código Penal no es, ciertamente, un ejemplo de claridad. Allí se contemplan los grupos de sujetos pasivos antes enumerados; pues bien, mientras que los del apartado i) el legislador los considera sujetos pasivos aun sin convivencia y los comprendidos en el apartado iii) necesitan que convivan, o se encuentren integrados en el núcleo de su convivencia familiar, de los del grupo ii) nada se especifica, por lo que inevitablemente esa indefinición genera la duda de la necesidad de que la víctima conviva o se integre en el grupo de personas donde se desarrolla la convivencia familiar, y es bien sabido que no cabe hacer una interpretación extensiva de la norma en contra del reo.

³⁰⁹ Sentencia núm. 115/2015 de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de febrero.

Recuerda esta sentencia a la del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007, la cual opta por una lectura racional y menos extensiva que en otras anteriores, entendiéndose que las personas que figuran en el apartado ii) deberán convivir con el agresor en el momento de los hechos para poder aplicar el presente tipo delictivo, siendo relevantes las implicaciones sico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

Es por ello por lo que entiende el Supremo que en el supuesto específico de los descendientes, ascendientes o hermanos sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del artículo 153 del Código Penal.

Por su parte, el tercer apartado trae su razón de ser en la especial protección que requieren las personas que figuran en este punto, debido a las especiales circunstancias físicas, síquicas, efectivas o sociales de que pueden adolecer.

El Artículo 173.2 del Código Penal establece expresamente que las penas por la violencia habitual se impondrán sin perjuicio de los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o síquica. Es decir, que además de penar la violencia habitual por el hecho de serlo, el Código pena también los hechos concretos que se realicen, tales como lesiones o menoscabo de la integridad.

El párrafo 2º del artículo 173.2 del Código Penal agrava la pena si se realiza la conducta en presencia de menores, utilizando armas, en domicilio familiar o quebrantando pena o medida de seguridad, con la particularidad de que en este apartado no se incluye la facultad moderadora de los Jueces o Tribunales, a los que sí se hace mención en los apartados anteriores, habiéndose incorporado, tras la reforma operada por la LO 1/2015, la posibilidad de imponerse una medida de libertad vigilada.

iii) Delito de injurias y vejaciones

El artículo 173.4 del Código Penal castiga a los autores de las injurias o vejaciones leves, teniendo en cuenta el sujeto pasivo, ya que de la condición de éste dependerá la

tipificación o no de la conducta legalmente prevista.

Y es que, como apuntábamos en las cuestiones generales, la reforma del Código Penal, operada por Ley Orgánica 1/2015 ha suprimido el Libro II, relativo a las Faltas, y con esta supresión quedan también fuera del marco legal las injurias y vejaciones leves, toda vez que se tratan de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación.

No obstante, la reforma ha mantenido la sanción penal por causa de vejación o injuria leve en los casos en que las víctimas sean personas de las mencionadas en el apartado 2º del artículo 173 (de nuevo un precepto penal haciendo referencia a los sujetos pasivos contemplados en el artículo 173.2), de tal forma que la persecución de estos delitos se mantiene constante, siendo necesario -igualmente que antes de la reforma- denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal.

Así pues, en materia de violencia de género continúan castigándose estas conductas, si bien se establece una novedad en cuanto a la pena a imponer: podrá imponerse pena de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad, pudiendo imponerse igualmente pena de multa siempre que no existan entre ellos relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o por tener descendientes comunes (esto último por referencia al nuevo artículo 84.2 in fine). Con esto el legislador ha pretendido evitar que a consecuencia de la pena a imponer al agresor, pueda verse la víctima perjudicada en los reales o eventuales derechos económicos que pueda tener frente a él.

4.- Valoración de la relación entre violencia de género y el Código Penal español

Hasta aquí hemos visto los tipos penales relacionados con la violencia de género, y de todo ello podemos hacer las siguientes afirmaciones:

- I. Para el caso de los elementos calificadores de los delitos comunes, cometidos en

el ámbito de violencia de género, hemos estudiado las figuras de los artículos 23 y 22.4º del Código Penal.

La aplicación de la circunstancia mixta del artículo 23 del Código Penal se ha venido justificando porque se entendía que concurría una mayor culpabilidad en el sujeto activo que tenía deberes específicos con el pasivo en función de la relación parental o de afectividad. Igualmente puede existir en relación con determinados delitos una mayor facilidad para su comisión³¹⁰. Recordamos que al tratarse de una circunstancia mixta, la responsabilidad penal podía variar al alza o a la baja dependiendo de la naturaleza jurídica del delito cometido³¹¹.

Sin embargo, la aplicación de este artículo se vio afectada por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, que incorpora una circunstancia agravante propia de violencia de género, prevista en el artículo 22.4º, la cual, por su misma redacción, imposibilita de fático la aplicación del artículo 23 en los casos de violencia de género.

Y ello partiendo de la base de que el artículo expone que será una circunstancia agravante la de cometer el hecho delictivo por motivos de “sexo” o por “razones de género”³¹².

La circunstancia agravante por razones de “sexo”, se emplea en los casos de los delitos cometidos contra un sexo u otro precisamente por la pertenencia a este grupo, sea hombre o mujer el sujeto pasivo. En cambio, la circunstancia “por razones de género” cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores³¹³.

³¹⁰ CLIMENT DURÁN, C., *op. cit.*, citando las sentencias del Tribunal Supremo 1074/02, de 11 de junio, y 173/04, de 12 de febrero.

³¹¹ Pudiendo llegar a la aplicación de la circunstancia absolutoria por los delitos patrimoniales cometidos entre parientes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 468 del Código Penal.

³¹² No diferencia el precepto entre delitos patrimoniales, personales ni de otra naturaleza, por lo que entendemos que debe aplicarse en cualquier delito en los que los sujetos pasivos se encuentren entre las personas referenciadas.

³¹³ BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, recordando que aún con esta diferenciación, no existe un criterio claro para la imposición de uno u otro supuesto. Esta dificultad de aplicación se puso de manifiesto igualmente en el Curso “*Impartición de Justicia con perspectiva de género en los distintos órganos jurisdiccionales*”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, impartido en Madrid, los días 19 a 21 de octubre de 2016. En dicho curso, la Magistrada Angels Vivas Larruy, en su ponencia “*Aplicación de la perspectiva de género en la Jurisdicción Penal*”, advertía que, a la falta de claridad en la diferenciación de ambos conceptos, se suma también la falta de previsión jurisprudencial de la circunstancia agravante del artículo 22.4. Deja

No obstante, debemos señalar que, respecto de la circunstancia del artículo 22.4º del Código Penal, formalmente no existe distinción entre hombres y mujeres, pues el Código no señala que los motivos sean por razón de género “femenino”, o “masculino”, sino que indica únicamente “por razón de género”.

El Convenio de Estambul en su artículo 3 define, entre otros, los conceptos de “*violencia contra la mujer*”, “*género*” y “*violencia contra la mujer por razones de género*”, por lo que, al haber ratificado España este Convenio en agosto de 2014, podemos acudir al mismo para clarificar los conceptos.

Por “*violencia contra la mujer*”, el Convenio entiende “*una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada*”³¹⁴.

Por “*género*” se entenderán “*los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres*”.

Por “*violencia contra la mujer por razones de género*” se entenderá “*toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”.

Entendemos que el legislador podría haber seguido el espíritu del Convenio de Estambul y definir así el alcance de esta agravante, señalando si existía diferencia entre el género masculino y femenino a la hora de aplicar la misma, en consonancia con otras

constancia la ponente que en el tiempo en que dicha agravante está en vigor (desde julio de 2015), ninguna Audiencia ha aplicado aún este precepto (y por tanto tampoco ha podido hacerlo la Sala Segunda).

³¹⁴ Sobre este tema, ver ABRIL STOFFELS, R. M., “La labor del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la concreción del contenido de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, en ABRIL STOFFELS, R. M., *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, pp. 23-79, y DOMÍNGUEZ MATES, R., “La presentación de comunicaciones individuales ante el Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer como medio de tutela de la violencia de género a nivel internacional”, en *Portuaria*, 4, 2004, pp. 67-78.

previsiones del Código donde sí quedan diferenciadas estas acepciones, como hemos tenido oportunidad de comprobar. De esta manera hubiera clarificado la aplicación de este artículo.

II. Dentro de los delitos en los que se prevé específicamente la comisión del mismo en el ámbito de violencia de género, hemos de diferenciar dos grupos: a) aquéllos en los que la mujer aparece como sujeto pasivo individualizado, y b) aquellos en los que lo hace como parte de un colectivo más amplio, digno de igual protección.

II. a) En el primer grupo situamos los **delitos de lesiones del artículo 148.4, maltrato del artículo 153.1, amenazas leves del 171.4 y coacciones leves del artículo 172.2**. Tales delitos contemplan, en los apartados señalados, que el tipo se realice contra la mujer que sea o haya sido pareja o cónyuge del agresor.

Respecto de este conjunto podemos señalar lo siguiente:

i) Los tipos se refieren a *“mujeres que son o han sido pareja o cónyuge del agresor”*, y a la vez aplican el mismo precepto para las personas *“especialmente vulnerables”*, por lo que identifican ambos supuestos dentro del mismo caso³¹⁵. Parece que el Estado pretende relacionar a la mujer víctima de violencia de género con las personas especialmente vulnerables, aplicando las mismas consecuencias penales para el caso que atenten contra sus intereses. Y es cierto que la mujer necesita una especial protección, pero no por su condición intrínseca de mujer --como sí puede suceder con las *“personas especialmente vulnerables”*--, sino por la situación de poder, desigualdad, discriminación y violencia a la que se ve sometida al padecer estos delitos. Y la posición de la mujer no mejora apareciendo ante la sociedad como un colectivo desvalido y equiparable a una persona vulnerable, que, como veremos, se caracteriza por la falta de posibilidades que tiene para hacer valer sus derechos. La mujer puede actuar en la sociedad por sí misma, igual que en el ámbito de la justicia; lo que necesita son las herramientas para poderlo

³¹⁵ En el supuesto de las lesiones no lo menciona en el mismo apartado, pues el que la víctima sea una persona especialmente vulnerable se encuentra previsto como la quinta conducta agravante del artículo 148 del Código Penal.

hacer³¹⁶.

ii) Los tipos de maltrato, amenazas y coacciones antes enumerados prevén todas las mismas consecuencias penales³¹⁷: penas de prisión, alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a tenencia y porte de armas y posibilidad de limitar o suspender hasta cinco años la tutela de los menores que estuvieran a su cargo. Entendemos estas medidas adecuadas, y hemos de señalar que consideramos un acierto que el Código no haya previsto para estos casos la pena de multa, evitando así la violencia económica que pudiera generarse en el caso de que la víctima dependiera económicamente del agresor y éste se viera obligado al pago de responsabilidades pecuniarias, por lo que podría no poder hacer frente a sus obligaciones económicas para con la víctima o los menores que dependieran de él o ella³¹⁸.

iii) Valoramos positivamente que el legislador haya establecido como propios delitos que son un manifiesto claro de la violencia de género. Esto no significa, no obstante, que los comportamientos antes narrados no constituyan delito en otros ámbitos y con sujetos activos y pasivos distintos a los vistos. Así, el delito de lesiones común tiene su propia regulación en los artículos 147 y siguientes del Código Penal. El artículo 153.2 regula el maltrato en los casos en que las víctimas se encuentren entre las descritas en el artículo 173.2 del Código Penal (sin contar, obvio, las mujeres que son o han sido pareja o

³¹⁶ Establece el Tribunal Constitucional en la sentencia 80/2008, sobre constitucionalidad del precepto 153.1 del Código Penal, citando la STC 59/2008, FJ 9, que no es posible asociar el término vulnerabilidad con el de mujer. Entiende el Tribunal Constitucional que la identidad de pena entre la mujer víctima de violencia con la persona especialmente vulnerable fijado en el artículo 153.1 no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Procede simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos *“a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”*.

³¹⁷ El delito de lesiones no mantiene la misma pena que los enumerados; prevé una pena de 2 a 5 años para el caos en que la víctima sea o haya sido pareja o cónyuge del agresor.

³¹⁸ La Exposición de Motivos XXII de la Ley Orgánica 1/2015 indica que con carácter general, sólo será posible la imposición de penas de multa en delitos de violencia de género cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común. Y aún en el caso de que se prevea la pena de multa, ésta solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común (remitiendo al artículo 84.2 del Código Penal).

cónyuge del agresor, ni las personas especialmente vulnerables, por quedar recogidas en el apartado segundo de dicho artículo). Si el maltrato es leve, éste no quedará impune, pues será de aplicación el artículo 147 en sus apartados segundo o tercero. Por su parte, el artículo 171.4, referido a las amenazas leves, tiene su previsión como delito en los supuestos en que la víctima sea alguna de las comprendidas en el artículo 173.2, en el apartado quinto del artículo 171 del Código Penal. Y la amenaza leve ordinaria se encuentra prevista en el artículo 171.7 del Código Penal, que se aplica en todos los supuestos en que la víctima no sea mujer que sea o haya sido esposa o pareja del agresor, persona especialmente vulnerable, o persona de las comprendidas en el artículo 173.2 si la amenaza se ha realizado sin armas.

El artículo 172.2 tiene su previsión para como coacciones leves para supuesto en que la víctima no sea o haya sido esposa o pareja del agresor, o persona especialmente vulnerable. Lo vemos en el apartado tercero de dicho artículo. Dicho apartado prevé sobre el tipo ordinario y una previsión especial en el caso en que la víctima sea una de las personas que menciona el artículo 173.2 (dejando fuera la violencia de género y al víctima especialmente vulnerable).

iv) Sobre las figuras antes mencionadas, cabe reiterar que todas ellas prevén una pena mayor de las que se pueden producir en el ámbito de violencia doméstica, y en concreto, cuando la agresora sea la pareja, ex pareja, esposa o exesposa del agredido.

Esta diferencia penológica suscitó dudas en gran parte de la doctrina, y ocasionó que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto. Recuerda MAUGUERI que el Tribunal Constitucional, en las sentencias 59/2008, de 14 de mayo y 81/2008, de 17 de julio, analiza la constitucionalidad del primer inciso del art. 153.1 del Código Penal; las sentencias 41/2010 y 45/2010, por su parte, desestiman la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta respecto del art. 148.4 del mismo cuerpo normativo; en la sentencia 45/2009, de 19 de febrero se revisa la objeción de constitucionalidad dirigida contra el art. 171.4; y la sentencia 127/2009, de 26 de mayo, responde a las dudas planteadas respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 del Código

Penal³¹⁹.

En estas sentencias, el Tribunal Constitucional sostiene que la imposición de una pena mayor a los hombres no supone una discriminación contra el género masculino y que, en consecuencia, estas normas son constitucionalmente legítimas. De hecho, el legislador consideró que el propósito de las modificaciones introducidas por los artículos en cuestión era el de proteger a las mujeres en un escenario en el que sus bienes fundamentales, como la vida, salud, integridad física o la libertad y dignidad humanas, no estaban lo suficientemente protegidos. Por lo demás, se buscaba, en tanto objetivo principal, combatir *ab origine* esta violencia, que se da en un contexto de desigualdad, mediante diversos tipos de medidas, entre las que se incluyen, naturalmente, las penales³²⁰.

II. b). Por último nos referimos a los delitos que prevén la comisión en el ámbito de violencia de género, pero no lo contemplan de manera independiente (como sí lo hacen los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2), sino como parte de un colectivo digno de protección. Y este colectivo está formado por las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal.

En concreto, son **los artículos 173.4, referido a las injurias y vejaciones leves, el acoso del artículo 172 ter y el maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal.**

En estos casos, los supuestos de violencia de género quedan integrados como parte del colectivo que menciona el artículo 173.2.

De estos tres delitos mencionados, el único que es considerado leve es el delito de injurias y vejaciones leves, del artículo 173.4, y en él se da una particularidad: es el único delito relacionado con violencia de género donde se prevé una pena de multa --como alternativa a la de localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad--, siempre condicionada a que no exista una dependencia económica de la víctima o menores al agresor, lo que evita la posible violencia económica que pudiera surgir como

³¹⁹ MAUGERI, A. M., *op. cit.*, p.21.

³²⁰ *Ibid.*, p. 21, citando a LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., "Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentarios a las SsTC 59/2998, 45/2009, 127/2009 y 41/2010", en Rev. España de Derecho Constitucional 2013, pp. 329 y ss-369.

efecto colateral a la comisión del primer delito.

El delito de acoso y de maltrato habitual, si se comete contra las personas que menciona el artículo 173.2, conllevará pena de prisión. Llama la atención que la pena por acoso sea de 1 a 2 años de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días, una pena alta en comparación con el delito leve del artículo 153.2 o del 171.5, y que estos delitos prevean como parte de la pena principal la prohibición de tenencia y porte de armas y la potestad de la autoridad judicial de limitar o suspender el cuidado de menores, y el delito de acoso no lo haga. Y eso que tanto el delito de acoso como el de maltrato o amenazas prevén expresamente que el delito pueda cometerse hacia las personas que determina el artículo 173.2. Además, por sus propias características que describe en la conducta típica y sus modalidades, el delito de acoso bien puede cometerse mediando armas o existiendo menores implicados.

Por su parte, el artículo 173.2, al castigar el maltrato habitual, sí prevé expresamente la prohibición de la tenencia y porte de armas u la limitación o prohibición en el cuidado de menores.

* * *

Hemos tenido la oportunidad de comprobar que la violencia de género se encuentra latente a lo largo del articulado del Código Penal, ya sea de manera expresa – lo que hemos denominado delitos propios de esta materia--, ya sea como subtipo agravado, o por aplicación de una agravante genérica sobre el tipo ordinario.

A nuestro entender no es comprensible la falta de unificación en la labor legislativa en esta materia, No se encuentra razón para aplicar tipos concretos de violencia en coacciones o amenazas, y no hacerlo en delitos de agresiones sexuales, detenciones ilegales o asesinato, donde se deberá aplicar, en su caso, la agravante del artículo 22.4º del Código Penal. No queda acreditada la razón por la que unos tipos sí, otros no la regulan expresamente, y otros lo hacen pero insertando la violencia como parte de un colectivo más amplio.

Tampoco queda clara la diferenciación de pena entre unos delitos y otros, que pueden desarrollarse en contextos análogos, sin que quede justificado por qué ante dos

tipos con penas distintas de prisión, al que menos pena conlleva se impone como pena principal la prohibición de tenencia y porte de armas y la facultad del/la Juez de limitar o suspender el cuidado de los menores, y nada pronuncia el legislador sobre estas medidas en otros delitos que conllevan más pena, máxime cuando la ley prevé que en ambos casos los delitos puedan cometerse contra personas que expone el artículo 173.2 del Código Penal.

Sobre la base de lo anterior, podemos afirmar que consideramos positiva la previsión expresa de la violencia de género en el Código Penal español, bien como tipos concretos, bien como subtipos agravados o como agravante genérica, y estamos de acuerdo con la tesis planteada por el tribunal constitucional, referenciada en los párrafos anteriores, la cual considerando que la imposición de una pena mayor a los hombres no supone una discriminación contra el género masculino y que, en consecuencia, estas normas son constitucionalmente legítimas. No obstante, esta solución no es suficiente; no podemos entender que se le ha dado plena cobertura a la violencia de género en el marco jurídico penal español. Sería necesario realizar una reflexión sobre los tipos penales ya insertados en el Código; realizar un análisis sobre las penas previstas para los mismos y la valoración sobre la necesidad de aumentar la lista de delitos propios en violencia de género. Con ello evitaríamos tener que realizar un juicio de valor previo que permitiera al/la Juez instructor/a o sentenciador/a aplicar la agravante genérica del artículo 22.4 en la multitud de delitos que contemplan en su articulado la realización del delito en el ámbito de violencia de género. De esta manera, lograríamos configurar un mapa delictivo en materia de violencia de género, sin tener que navegar en una ambigüedad e inconcreción legislativa en delitos en esta naturaleza.

CAPÍTULO III. DELITO DE STALKING

1.- Introducción al delito de *stalking*

A lo largo del presente trabajo hemos tenido la oportunidad de descubrir el alcance del concepto de violencia de género, a través de la propia definición que realiza del término la ley 1/2004, así como por la descripción de figuras que complementan el sentido de dicho precepto.

Como ha quedado expuesto anteriormente, los delitos cometidos en el ámbito de violencia de género no quedan clasificados bajo una misma ubicación sistemática en el Código Penal. El legislador de la Ley Orgánica 1/2004 no aprovechó la misma para unificar la ubicación de los delitos de esta naturaleza. Tampoco los legisladores de normativas posteriores. De ahí la distinción entre delitos cometidos en el ámbito de violencia de género con entidad propia, por remisión o delitos comunes con aplicación de agravantes en dicha materia.

En consecuencia con lo anterior, no encontramos una enumeración correlativa de los delitos relacionados con la violencia de género en el Código Penal. Ello no significa que no se encuentren presentes en el Código, al contrario; los delitos de violencia de género tiene un peso importante en la calificación y punición de las conductas delictivas previstas en el Código Penal.

Los delitos de violencia de género hacen su aparición en el Código Penal a través de tres manifestaciones distintas:

a) De forma expresa.- Esto se produce en los casos en que el artículo describe una conducta delictiva que únicamente puede desarrollarse en el ámbito de violencia de género, no siendo punible penalmente en otros casos.

b) De forma subsidiaria, como un subtipo agravado.- En estos casos, el legislador prevé una conducta delictiva común, que viene siendo agravada en el caso en que la misma se cometa concurriendo los supuestos del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004.

c) De forma residual, a falta de regulación expresa: por remisión a la agravante genérica del artículo 22.4³²¹.- Aplicaremos estos supuestos en los casos en que el delito

³²¹ Veíamos en el capítulo anterior que la remisión al artículo 23 del Código Penal ha decaído (al menos

se haya cometido concurriendo las circunstancias previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, pero que el Código no prevé una agravación concreta por razón de género dentro del tipo delictivo común.

Dentro del primer supuesto podremos encontrar el delito leve de injurias, previsto y penado en el artículo 173.4 del Código, el cual castiga las injurias y vejaciones leves en los supuestos de violencia de género y doméstica. Si el comportamiento descrito en el artículo se produce entre sujetos que no guardan la relación fijada en el artículo 173.2 del Código Penal, la conducta no será constitutiva de infracción penal, aunque los perjudicados puedan, en su caso, reclamar sus derechos a través de otras vías jurídicas.

En el segundo grupo se sitúa la mayoría de supuestos que hemos ido estudiando a lo largo del Capítulo II. Delitos de amenazas y coacciones leves, maltrato y violencia habitual son algunos de los tipos antes examinados que se incluyen aquí. Tras la descripción de la conducta básica, el tipo reconoce una agravación específica en caso de que la acción se cometa en el ámbito de violencia de género (ya sea valorada individualmente o como parte de un colectivo con más afectados).

El tercer grupo está formado por delitos comunes, que no prevén dentro de su descripción de conducta típica un supuesto específico para los casos en que la misma se realice bajo el ámbito de violencia de género. El homicidio, detención ilegal o matrimonio forzado, son algunos ejemplos. Por ello, llegado el caso, el/la juzgador/a deberá valorar si se dan las circunstancias previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 para poder imponer la agravante genérica recogida en el artículo 22.4. La aplicación de dicho artículo conllevará una agravación de la pena a imponer por el delito cometido, que variará según los casos y la concurrencia o no de más circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

El delito de *stalking* pertenece al segundo de los grupos relatados. Configurado como un delito común, contiene como subtipos agravados los casos en que las víctima

teóricamente) ante la incorporación del artículo 22. 4^º del Código Penal (punto 2.2 del Capítulo II, p. 124-130).

sean personas especialmente vulnerables, o algunas de las mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, entre las que se encuentra, como veremos, las mujeres víctimas que sean o hayan sido pareja o cónyuge del agresor. En el Capítulo anterior tuvimos la oportunidad de describir los parámetros esenciales del delito cuyo estudio detallado ocupa este Capítulo.

El análisis del delito enunciado nos va a permitir conocer los orígenes de su creación, los detalles de las conductas que describe, así como las influencias recibidas del resto de ordenamientos jurídicos foráneos. Tras ello, estaremos en condiciones de valorar la relación existente entre el delito de *stalking* y la violencia de género, y las consecuencias penales que la incorporación de esta conducta al ordenamiento jurídico español genera.

1.1.- Aproximación al delito de *stalking* en el derecho español

La terminología anglosajona por la que es conocido delito de acoso viene a relatar distintas formas de acoso o acecho. Apunta VILLACAMPA ESTRIARTE que *“el significado del verbo “stalk”, del que proviene el sustantivo “stalking”, es doble, pues se identifica tanto con el acto de seguir o acechar a la presa cuanto con el de caminar sigilosamente. Hasta que los medios emplearon dicha expresión para referirse a conductas de persecución y acecho continuados a víctimas que rechazaban el contacto con su perseguidor, el término se había venido utilizando de manera casi exclusiva para referirse al acecho de los cazadores a los ciervos u otro tipo de presa animal, en jerga propia de la caza. No obstante, también es cierto, por lo menos desde el siglo XVI, que tildar alguien de “stalker”, en relación con la segunda acepción del verbo, implica considerarlo un merodeador o un rondador, significado al que se acogieron los medios cuando utilizaron tal apelativo para referirse a quienes acosan o molestan a otros³²².”*

Esta inglesa ha venido a inundar los más recientes tipos penales que se van

³²² VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Stalking y derecho penal”, *op. cit.*, p. 23-24, citando a MULLEN/PATHÉ/PURCELL, *Stalkers and Niteri victims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.5.

incorporando al derecho penal español a consecuencia de conductas no tan nuevas, pero cuya persecución penal no encontraba acomodo en los tipos delictivos que quedaban plasmados en nuestro texto. Y es que, en muchos casos, se trataba de comportamientos que podían conllevar un reproche social más o menos justificado, pero que no llegaban a adquirir la naturaleza de delito.

En una situación parecida se encontraba el delito de *childgrooming*, en el que los sujetos utilizan el anonimato que proporciona la red para aprovecharse de la ignorancia de los menores que de forma imprudente utilizan la red con fines y medios que sus padres ignoran³²³.

Siguiendo el razonamiento de ALONSO DE ESCAMILLA, podemos afirmar que el delito de *stalking* constituye un patrón de conducta, una suerte de estrategia de hostigamiento anormal, de larga duración y que está dirigida específicamente a una persona³²⁴.

De la anterior definición podemos extraer lo siguiente: es necesario, para que exista este tipo delictivo, que se produzca más de un acto manifiesto de persecución, no querida por la víctima y que ésta perciba como intimidatoria. Puede adoptar distintas formas: cercar, vigilar, perseguir, merodear, aproximarse, comunicar, telefonar de forma reiterada, enviar cartas, mails, mensajes, encargos o servicios a nombre de la víctima, efectuar pintadas en su vivienda o en algunas de sus propiedades, allanar su vivienda, efectuar falsas acusaciones o formular amenazas, acometer o asaltar a la víctima o retenerla.

Como se puede observar, dichos comportamientos son de diversa naturaleza y de muy distinta gravedad; algunos constitutivos de delito, otros irrelevantes y otros, incluso, llegar a ser aceptados socialmente.

Para que las conductas antes descritas tengan la consideración de delito deben venir acompañadas de unos requisitos determinados: que se trate de una actuación de acoso, reiterada en el tiempo, insistente, sin autorización legítima, y que todo ello

³²³ MAGRO SERVET, V., "El delito de *stalking* o acoso en la violencia de género en la reforma del Código Penal", La Ley Penal, nº 114, mayo-junio de 2015, p.1.

³²⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A., "El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades", La Ley Penal, n.º 105, noviembre-diciembre de 2013, p.1.

conlleve una situación de hostigamiento a la víctima tal que la haga alterar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

No podemos dejar de plantearnos las nuevas formas de *stalking* a que ha dado lugar la llegada de internet, actuaciones de ciber-acoso: envío de correos electrónicos constantes y repetitivos, mensajes en redes sociales (Facebook o Twitter) de carácter amenazante, entradas en páginas web personales o profesionales para difamar o atentar contra la dignidad de su titular, o interceptación del correo electrónico. Actos que muchas veces van a quedar amparados por el anonimato o la suplantación de personalidad que permite la red, complicando enormemente la identificación del autor. El hostigamiento podría tener lugar incluso sin que la víctima haya visto nunca a su acosador ni pueda imaginar siquiera quién es³²⁵.

A lo largo del estudio del delito de *stalking* tendremos oportunidad de comprobar los defensores y detractores (tanto doctrinales como jurisprudenciales) que presenta este tipo delictivo.

En el presente capítulo detallaremos el contenido del artículo 172 del Código Penal, analizando el tipo delictivo del acoso para, una vez realizado el estudio del mismo, estar en condiciones de valorar la pertinencia e importancia de la tipificación de las conductas referidas en dicho artículo. También estudiaremos la injerencia de este precepto sobre otras figuras delictivas análogas, así como los problemas concursales que puedan presentarse en torno a esta figura.

Valoraremos los supuestos típicos enumerados en el artículo. Haremos especial hincapié en la conducta típica de la figura del acoso en lo que afecta a violencia de género y violencia hacia personas especialmente cercanas a la víctima, para, una vez realizado dicho análisis, entrar a valorar la relación existente entre esta figura y la violencia de género. Tras el estudio de los conceptos antes referidos, estaremos en condiciones de valorar la necesidad o no de la inclusión de la figura del *stalking*, en nuestro ordenamiento jurídico. Igualmente, podremos determinar la incidencia que dicha figura ha tenido en la calificación de conductas que anteriormente venían siendo recogidas con arreglo a los supuestos típicos antes existentes, así como la cabida o no de estos mismos.

³²⁵ *Íbid.*, p. 1.

Para el estudio de la primera parte del presente trabajo, vamos a seguir el esquema de VILLACAMPA ESTRIARTE, por entender que esta autora ha realizado un exhaustivo análisis sobre el delito objeto de estudio, siendo fundamentales sus aportaciones y conclusiones realizadas al respecto. Todo ello sin perjuicio de la ulterior valoración que vayamos a realizar en contraste con diversos autores que han escrito sobre la materia.

La autora entiende que la inclusión del delito de *stalking* en nuestro ordenamiento jurídico supone que el estado español se suma a la corriente internacional proclive a la incriminación de este tipo de conductas de acoso, que se percibe en los países de Europa occidental desde los años 90.

La preocupación sentida por la comunidad internacional acerca de la tipificación de este tipo de conductas y su inclusión entre los supuestos de violencia de género se evidencia en la propuesta que en este sentido efectúa el Convenio del Consejo de Europa para la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011³²⁶.

De la Exposición de Motivos de dicho convenio podemos extraer que la voluntad del mismo radica fundamentalmente en reconocer la profunda preocupación por las mujeres y niñas que se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del «honor» y las mutilaciones genitales, constituyendo todo ello una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres; en materia de género, se reconoce que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género, y que la violencia

³²⁶ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho: Incriminación del *stalking* en el derecho penal español", Cuadernos de Política Criminal, nº 109, Época II, mayo 2013, p. 8. Hace referencia la autora al *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Dicho convenio, ya citado, ha entrado en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014.

doméstica afecta a las mujeres de manera especial. Dicho convenio aspira, en síntesis, a crear una Europa libre de violencia contra la mujer y de violencia doméstica.

En su artículo 34, el Convenio de Estambul prevé la posible incriminación del *stalking*, cuando dispone que *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad”*. También exige el castigo por complicidad en su artículo 41.1, al disponer que *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando sea intencionada, la asistencia o la complicidad en la comisión de los delitos previstos en los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38 a) y 39 del presente Convenio”*.

Vemos que el artículo 34 respeta el principio transversal al mandato de incriminación de conductas al emplear un lenguaje neutral desde el punto de vista del género. Esto implica, en consecuencia, que únicamente las conductas amenazantes que siguen el esquema de un patrón conductual y que se emprenden con la intención de provocar miedo -con independencia del género que representen sujeto activo y pasivo-, son las que se consideran constitutivas de *stalking*. Esta tendencia la encontramos asimismo en el informe explicativo del Convenio³²⁷.

Sin embargo, y pese a la dicción literal de tal artículo, el mismo está sujeto a posibles reservas que puedan formular los estados firmantes³²⁸. Ejemplo de ello ha sido Dinamarca, estado que ha formulado reserva al artículo 34, previendo sanciones no penales para la conducta descrita en dicho artículo.

En consecuencia, entendemos, en el sentido de lo estudiado por VILLACAMPA

³²⁷ Sobre este tema, ver MAUGERI, A. M., *op. cit.*, p.4-6.

³²⁸ Tal reserva deriva de lo establecido en el artículo 78.3, el cual expone que *“Cualquier Estado o la Unión Europea podrá precisar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que se reserva el derecho a prever sanciones no penales, en lugar de sanciones penales, con respecto a las conductas indicadas en los artículos 33 y 34”*.

ESTRIARTE³²⁹, que con la inclusión del artículo 172 ter en el Código Penal, el legislador ha cumplido una serie de mandatos de distinta naturaleza:

1.- *Un mandato legal internacional.*- El expuesto por el Convenio de Estambul y que fue ratificado por España en 2014, ratificación que por cierto no conllevó reservas en este tipo delictivo.

2.- *Un mandato social.*- Vamos a tener la oportunidad de estudiar la existencia de una demanda social que requería una respuesta para llenar el vacío punitivo que puede generar el llevar a cabo las conductas hoy descritas en el artículo 172 ter. Comportamientos que hasta ahora no se encontraban tipificados, y que sin embargo causaban hostigamiento a quien los padecía. Víctimas sin poder serlo, que sólo alcanzaban a ver protegidos sus derechos si el hecho denunciado lograba tener cabida en tipos delictivos que recogían en sus modalidades típicas supuestos análogos a los padecidos por ellas, pero que nunca eran idénticos³³⁰.

Si bien existe un sentimiento generalizado a favor de la incursión de determinadas conductas que hasta ahora han sido desoídas por el derecho penal, lo cierto es que no existe en la doctrina una postura unánime sobre el contenido y las manifestaciones particulares que dicho delito debería contemplar. Tendremos oportunidad de comprobarlo a lo largo de la exposición.

3.- *Un mandato en el ámbito de la lucha contra la violencia de género.*- El artículo 172 ter incorpora especificaciones punitivas en los casos de violencia de esta naturaleza. Si bien el artículo 172 ter no se circunscribe únicamente a los hechos cometidos por quien es o ha sido pareja o cónyuge de la mujer, lo cierto es que incorpora una descripción específica, dentro de su articulado, que lo hace partícipe directo en la lucha contra la violencia de género, siendo en esta materia donde se presentan gran parte de las incidencias relacionadas con el delito.

La incorporación del delito de *stalking* a nuestro ordenamiento jurídico no

³²⁹ *Íbid.*, p. 10.

³³⁰ Delitos como coacciones, amenazas o vejaciones, que guardan semejanzas con lo que hoy se conoce como *stalking* pero que tienen distinta regulación y bienes jurídicos protegidos.

obedece únicamente a la participación de España en los convenios internacionales (y en concreto en el Convenio de Estambul); lo cierto es que los países de nuestro entorno fueron introduciendo la figura del *stalking* en sus códigos penales desde principios del siglo XXI. Y el legislador español no es ajeno a la llegada de esta figura delictiva al continente europeo.

Ya hemos adelantado que existe una corriente social, política y legislativa sensible con estos comportamientos. Y una vez el legislador es consciente de la necesidad de regular esta figura, era necesario recapacitar sobre cómo plasmar en la legislación penal lo que a todas luces constituía una demanda social.

Y no suponía una tarea fácil, ya que, como veremos, las legislaciones del derecho comparado podían servir de punto de partida, pero no eran uniformes en la descripción de la conducta típica de este tipo delictivo. Por ello España debía estudiar con detalle el comportamiento, y determinar así de manera precisa el esquema a seguir en la descripción del tipo delictivo y sus consecuencias penales.

Ya adelantaba VILLACAMPA ESTRIARTE que, en el caso de *stalking* la tarea conceptualizadora se ha revelado harto compleja: mientras que el acuerdo doctrinal y legislativo se limitaba a la conciencia de que se trataba de una *conducta de persecución repetitiva, obsesiva e intrusiva respecto de una persona -- el objetivo--*, las diferencias en cuanto a su tipificación eran importantes; existía dificultad en separar el *stalking* de la realización de actividades rutinarias, conductas socialmente adecuadas; no se aceptaba el término “obsesión” que algunas propuestas sobre definiciones del *stalking* realizaron; tampoco existía acuerdo sobre la determinación del número de ocasiones en que debía reiterarse la conducta intrusiva para considerarla equivalente a un patrón conductual o al lapso de tiempo en que debían producirse³³¹.

³³¹ Cf. VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.* p. 14, citando a WESTRUP, “Applying Functional Analysis to Stalking Behavior”, en MELOY (Ed.), *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, Academic Press, San Diego, 1998, p. 276, y a ROBERTS, “Women’s Experience of Violence During Stalking by Former Romantic Partners. Factors predictive of stalking violence”, en *Violence Against Women*, 2005, 11, p. 91.

Finalmente, el delito de acoso, acecho, hostigamiento o *stalking* se establece formalmente en nuestro país por Ley Orgánica 1/2015. Dicha Ley introduce un nuevo artículo en el Código Penal, el 172 ter, y lo hace siguiendo con la línea iniciada en la última reforma de 2010³³², que incorporó diversas modalidades de acoso, como el *mobbing*, *bullying*, *blockbusting* o *childgrooming*³³³.

1.2.- Antecedentes del *stalking* y derecho comparado

El delito de acoso recogido en el artículo 172 ter de nuestro Código Penal no se concibe sin hacer un recorrido por las legislaciones foráneas que acogieron esta figura delictiva años antes que nosotros empezáramos siquiera a imaginarla.

Y es que el delito de *stalking* español es la consecuencia de la evolución legal, jurisprudencial y doctrinal de una figura delictiva de origen norteamericano, que se introdujo en las legislaciones de Comon Law y penetró en Europa a través de Reino Unido.

Por ello se hace necesario hacer una reflexión sobre el origen de la presencia

³³² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

³³³ Estas conductas se desarrollan a lo largo del articulado de la Ley Orgánica 5/2010. La terminología es importada del derecho anglosajón, y viene a referirse al acoso laboral o de otra índole (*mobbing* y *bullying*), acoso inmobiliario (*blockbusting*) o acoso informático hacia menores (*ciber grooming*, este último concepto recogido con la nomenclatura expresa en la Exposición de motivos de dicha ley. Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad, sancionando igualmente el acoso inmobiliario, pretendiendo así tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores (Exposición de Motivos XI, p. 54816). Por su parte, la Exposición de Motivos XIV –p.54817– recoge expresamente el delito de *child grooming*, calificándolo como conducta de una persona adulta que usa Internet y las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores, a fin de ganarse su confianza y concretar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Sobre este tema, ver, entre otros, GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., “Tratamiento jurídico de los delitos de violencia de género a través de las nuevas tecnologías: Apuntes sobre el Proyecto de Reforma del Código Penal”, en IV Congreso anual para el estudio de violencia contra las mujeres, celebrado en Sevilla, 25 y 26 de noviembre de 2013; MORALES GARCÍA, O, “¿Un hecho penalmente relevante o un delito específico?”, Estudios de derecho judicial, nº 94, 2006, pp. 405-444.

legal del delito aquí estudiado; el Convenio de Estambul, antecedente inmediato de nuestra tipificación delictiva del delito de *stalking*, se inspira a su vez de legislaciones anteriores a él, que pasan por los análisis sociales, penales y jurídicos que hicieron algunos estados a partir de la segunda mitad del siglo XX, y que tiene orígenes diversos, si bien todos ellos confluyen en una misma dirección: castigar el delito de acoso.

Para el desarrollo en la descripción del tipo delictivo en los distintos países de tradición anglosajona y europeos, seguiremos de nuevo a VILLACAMPA ESTIARTE³³⁴.

1.2.1.- Primeras legislaciones reguladoras anglosajonas

Entiende esta autora que la incriminación del *stalking* tiene lugar en los años noventa del pasado siglo. Al respecto, constituye opinión generalizada, como se indicó en el capítulo primero, que fue el asesinato de la actriz Rebeca Scheaffer el suceso que precipitó la aprobación de la primera ley *anti-stalking* en Estados Unidos. Tras ese asesinato el 18 de julio de 1989, se inició un proceso básicamente caracterizado por el seguimiento mediático del suceso que llevó a la comparación de Robert Bardo, el autor del crimen, con *stalkers* que fueran asesinos en serie, o con *stalkers* como los acechaban a Jodie Foster o a Theresa Saldana.

Y es que a pesar de que la conducta descrita respondía exactamente al estereotipo de *stalking* tal y como lo concebimos hoy en día, pues no acosó repetidamente a la víctima antes del ataque letal, se produjo en un momento en que una corriente mayoritaria de la sociedad se hallaba predispuesta a defender la necesidad de incriminación específica de este tipo de conductas. De esta manera, el asesinato de la actriz generó el caldo de cultivo necesario para impulsar la aprobación de una ley *anti-stalking*.

Este suceso, así como otros semejantes ocurridos en esas fechas, provocaron gran conmoción en la sociedad americana³³⁵. Se trataba de conductas que hasta

³³⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, PP. 114-203.

³³⁵ ALONSO DE ESCAMILLA, A., *op. cit.*, p. 2; ver también MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, p. 2-4 y VILLACAMPA

entonces eran perseguidas penalmente, salvo por algunos Estados, que tenían leyes que regulaban el *harassment o assault*³³⁶, y resultaban poco idóneas para proteger a estas víctimas de acoso.

Además de la incriminación de conductas de *stalking* en delitos ya preexistentes, la lucha contra comportamientos de esta naturaleza podía adquirir formas como la *restraining order*. Dicha medida, de naturaleza civil, requería que la víctima demostrase la concurrencia de una amenaza inmediata contra su integridad física. Además, quedaba en manos de los Tribunales contemplar la imposición de esta medida para proteger a extraños entre sí o limitar su aplicación a los casos en que las partes fueran o hubieran sido pareja entre sí.

Esta situación y estos sucesos determinaron que el estado de **California** aprobara la primera ley *antistalking* de los Estados Unidos en 1990, la cual entró en vigor el 1 de enero de 1991. La legislación californiana sobre la materia ha supuesto la base sobre la que han ido tipificándose conductas de esta naturaleza a lo largo del resto de estados americanos, y por ello hemos entendido necesario mencionar los principales puntos de su regulación.

De esta manera, el artículo 646.9 del *California Penal Code*, en su redacción original, castigaba a quien *intencionada, maliciosa y repetidamente sigue o acosa a otra persona y efectúa una amenaza con la intención de provocar a ese otro un miedo razonable relativo a la propia seguridad o la de algún familiar directo*.

El Código define el término *acosar*, entendiendo el mismo como *conocido y consciente patrón o curso de conducta dirigido a una persona específica que alarma, atormenta, irrita o atemoriza seriamente a la persona y que persigue un propósito no legítimo*³³⁷. Junto a este término, el Código recoge igualmente la definición de conceptos que utiliza a lo largo de su articulado, lo que favorece la comprensión de la conducta delictiva³³⁸, actuación que no ha sido seguida por la mayoría de los países que han

ESTRIARTE, C., *op. cit.*, p. 10-14.

³³⁶ Acoso o asalto.

³³⁷ California Penal Code, Artículo 646.9.e): *“harasses” means engages in a knowing and willful course of conduct directed at a specific person that seriously alarms, annoys, torments, or terrorizes the person, and that serves no legitimate purpose”*.

³³⁸ Así, a modo de ejemplo, el artículo 646,9 recoge conceptos como *“curso de conducta, amenaza creíble,*

regulado el *stalking* con posterioridad a este estado.

Las penas a imponer por conductas de esta naturaleza se fijaron en hasta tres años de prisión, independientemente que se quebrantara una *restraining order*, previéndose igualmente que el tribunal sentenciador impusiera una *restraining order* hasta diez años, fijando el tiempo en función de la gravedad de los hechos, la probabilidad de comisión de nuevos delitos, y la seguridad de la víctima y su familia inmediata³³⁹.

La introducción del delito de *stalking* en la legislación californiana influyó al resto de los Estados Unidos, y ese mismo año se aprobaron leyes *antistalking* en más de treinta estados. En 1993, los diecinueve estados restantes lo hicieron también, así que en la actualidad los cincuenta estados que integran la Confederación, más el Distrito de Columbia, tienen su correspondiente tipo penal.

No todos los Estados regularon el delito de *stalking* tal y como lo hizo el Código californiano; de hecho, fueron numerosas las críticas realizadas a la descripción de esta figura. Las críticas principales venían referidas a la vaguedad a la hora de describir la conducta típica y las modalidades delictivas del delito. Tampoco tuvo buenas críticas la alusión a la necesidad de una conducta amenazante, lo que llevó a estados como Connecticut o Georgia a no contemplar este requisito como propio en el delito de *stalking*.

Otra crítica importante fue el requisito de causar temor a la víctima, pues esto suponía dejar en manos de ésta la tipicidad de la conducta.

Viendo el camino que se había abierto en la tipificación del delito de *stalking*, y las disparidades que estaban surgiendo entre unos y otros (incluso denominaban de

dispositivo electrónico de comunicación o familia mediata".

³³⁹ California Penal Code, Artículo 646,9.k).

forma diferente a esta conducta³⁴⁰), en 1992 el Congreso de los Estados Unidos comisionó al *National Institute of Justice* para elaborar un *Model Stalking Code*. Se pretendía así otorgar un modelo que sirviera como estándar para las distintas leyes estatales, para dotar de uniformidad a los estatutos *anti-stalking* de los cincuenta Estados. Dicho modelo ha ido evolucionando a lo largo del tiempo a fin de adaptarlo a las nuevas formas de comisión de este delito, particularmente aquellas que constituyen supuestos de ciber-acoso.

Así pues, en 1996 el delito de *stalking* se convirtió en delito federal y se incluyó en el *United States Code (Interstate Stalking Punishment and prevention Act)*³⁴¹. En concreto, se introduce el párrafo 2261A en el *US Code*³⁴².

El mencionado artículo recoge un elemento intencional de causar mal a un sujeto determinado (se refiere a quien tenga intención de matar, injuriar, acosar o intimidar a otro). Cita el artículo conductas distintas, tales como vigilancia, uso de correo, de servicio interactivo de ordenador, de servicio de comunicación electrónica o de sistema de comunicación electrónica de comercio interestatal, o de cualquier otra instalación de comercio interestatal o extranjero.

³⁴⁰ “*Stalking, criminal harassment, criminal menace*” eran utilizados por los distintos estados para denominar el delito de acoso.

³⁴¹ El *US Code* define el *Stalking* en el Título 42, capítulo 136, subcapítulo III, § 13925 en los siguientes términos: “*The term "stalking" means engaging in a course of conduct directed at a specific person that would cause a reasonable person to- (A) fear for his or her safety or the safety of others; or (B) suffer substantial emotional distress*”.

³⁴² Describe el delito de *stalking* de la siguiente manera: “*Whoever- (1) travels in interstate or foreign commerce or is present within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or enters or leaves Indian country, with the intent to kill, injure, harass, intimidate, or place under surveillance with intent to kill, injure, harass, or intimidate another person, and in the course of, or as a result of, such travel or presence engages in conduct that- (A) places that person in reasonable fear of the death of, or serious bodily injury to- (i) that person; (ii) an immediate family member (as defined in section 115) of that person; or (iii) a spouse or intimate partner of that person; or (B) causes, attempts to cause, or would be reasonably expected to cause substantial emotional distress to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of subparagraph (A); or (2) with the intent to kill, injure, harass, intimidate, or place under surveillance with intent to kill, injure, harass, or intimidate another person, uses the mail, any interactive computer service or electronic communication service or electronic communication system of interstate commerce, or any other facility of interstate or foreign commerce to engage in a course of conduct that- (A) places that person in reasonable fear of the death of or serious bodily injury to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of paragraph (1)(A); or (B) causes, attempts to cause, or would be reasonably expected to cause substantial emotional distress to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of paragraph (1)(A)”.*

Tiene la particularidad (que recoge también el tipo español) que las conductas de vigilancia, acoso, seguimiento o uso de medios telemáticos pueden ser referidas no sólo a la víctima objeto del *stalking*, sino también a los parientes de ésta, pareja o cónyuge, protegiendo de esta manera los actos indirectos de *stalking*, en los que el autor se sirve de terceras personas muy cercanas a la víctima para cometer el acto delictivo.

Las sanciones que pueden imponerse a este delito son las recogidas en el párrafo 2261B del mismo título; así, la pena de prisión no será superior a cinco años, a la que también se le podrá añadir una pena de multa. Sin embargo, la pena no podrá ser inferior a un año de prisión si el *stalker* ha quebrantado una *restraining order* u otra disposición judicial.

El *Model Anti-stalking Code* fue revisado en 2007 y renombrado *Model Stalking Code for States (revisited)*³⁴³. Incluye como provisión opcional una agravante para el caso que el *stalker* lleve a cabo su conducta mediante la violación de una *protective order*. Y ello porque el Tribunal (penal o civil) ya ha ordenado al *stalker* que se abstenga de llevar a cabo ciertos comportamientos --tales como, por ejemplo, tener contacto con la víctima--, y el *stalker* ha desobedecido dicha orden. Esto sugiere que el infractor no está dispuesto a cesar en su afán acosador y desprecia incluso las órdenes judiciales con la finalidad de acercarse a la víctima, por lo que la conducta debe ser más gravemente penada.

A pesar de encontrarnos en una fase previa al estudio pormenorizado del delito de acoso en el derecho español, debemos señalar que, de imponerse tal agravante en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos encontrarnos ante un serio problema concursal. Y es que la conducta que describe este tipo delictivo y que agrava el resultado punitivo enlaza directamente con las órdenes de protección, alejamiento y prohibición

³⁴³ El *Model Stalking Code for States (revisited)* nació en 2007, cuando el *National Center for victims of Crime* propuso la revisión del *Model Anti-stalking Code* redactado en 1992 por una comisión del *National Institute of Justice* reunida por el Congreso de los Estados Unidos. Ante la fiebre tipificadora del *stalking* por parte de los Estados, a raíz del asesinato de la actriz Rebecca Schaeffer a manos de uno de sus fans, el *Model Anti-stalking Code* ambicionó ser un modelo para los Estados, sin embargo dada la ausencia de fuerza normativa que los vinculara, el proyecto fracasó.

de comunicación que puedan existir previamente y que obligan al infractor a dejar de realizar una determinada conducta (acercarse o comunicarse con la víctima).

En caso de que el infractor cometa esta acción, en nuestro ordenamiento jurídico la misma podría ser constitutiva, en su caso, de:

a) un delito de quebrantamiento,

b) un delito de acoso, si se dan las premisas necesarias para ello, previstas en el primer apartado del artículo 172 ter del Código Penal,

b) delito/s de otra naturaleza que pudiera haber perpetrado (amenaza, coacciones, etc), al acercarse o comunicarse con la víctima teniéndolo prohibido, o al realizar las conductas propias del delito de acoso.

Pero el mero hecho de acercarse no implica, *per se*, un conflicto de normas, ya que debe demostrarse el cumplimiento de los requisitos típicos para encuadrar la acción en el delito de hostigamiento del artículo 172 ter del Código Penal español. De no hacerlo, continuaremos aplicando el delito de quebrantamiento de medida, orden o condena. Esta afirmación tendremos oportunidad de precisarla en momentos posteriores del trabajo.

Tras Estados Unidos, la previsión de tipos delictivos relativos a este fenómeno se extendió primero a Canadá, después a Australia, y más recientemente al Reino Unido, llegando posteriormente a algunos países de la Europa continental³⁴⁴.

En **Canadá** el delito de acoso u hostigamiento se denomina *harassment*, y se introdujo en su legislación en el año 1993³⁴⁵. Con posterioridad se ha publicado, en 1997,

³⁴⁴ Sobre dicho proceso de expansión, VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p.12, citando a PURCELL/PATHÉ/MULLEN, "Stalking: Defining and prosecuting a new category of offending", en *International Journal of Law and Psychiatry*, 2004, 27, pp. 158 y ss.

³⁴⁵ El artículo 264 del Criminal Code prevé el delito de stalking en los siguientes términos: "264 (1) No person shall, without lawful authority and knowing that another person is harassed or recklessly as to whether the other person is harassed, engage in conduct referred to in subsection (2) that causes that other person reasonably, in all the circumstances, to fear for their safety or the safety of anyone known to them. (2) The conduct mentioned in subsection (1) consists of(a) repeatedly following from place to place the other person or anyone known to them; (b) repeatedly communicating with, either directly or indirectly, the other person or anyone known to them; (c) besetting or watching the dwelling-house, or place where the other person, or anyone known to them, resides, works, carries on business or happens to be; or (d)

A Handbook for Police and Crown Prosecutor in Criminal Harassment, guía para determinar los supuestos de hecho, seguimiento y conclusiones relacionadas con este tipo delictivo³⁴⁶.

El delito de *stalking* canadiense se conforma por la descripción de cuatro conductas distintas: acudir repetidamente al lugar al que acude normalmente una persona; comunicar directa o indirectamente con la otra persona o cualquiera conocido por ella; acudir repetidamente a la vivienda de la víctima o persona conocida por ella, o a su lugar de trabajo o lugares que frecuente; realizar conductas amenazantes a la víctima o personas cercanas a ella.

Tales conductas llevan aparejadas penas de hasta diez años de prisión por la realización del tipo delictivo, estableciendo penas agravadas en caso de cometer el delito infringiendo algún mandato judicial impuesto previamente.

También prevé la legislación una pena menor en atención a la menor entidad de la gravedad de la conducta.

No recoge un número concreto de actos para determinar la creación del tipo delictivo, si bien al describir el delito establece la necesidad de que el acudir al lugar al que acude normalmente una persona o a la vivienda de la víctima o persona conocida por ella, o a su lugar de trabajo o lugares que frecuente, se realice de manera *repetitiva*. También habla de *conductas*, en plural, para referirse a las amenazas a la víctima o personas cercanas a ella, por lo que deducimos que deben ser al menos dos actos, para

engaging in threatening conduct directed at the other person or any member of their family. (3) Every person who contravenes this section is guilty of (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or (b) an offence punishable on summary conviction. (4) Where a person is convicted of an offence under this section, the court imposing the sentence on the person shall consider as an aggravating factor that, at the time the offence was committed, the person contravened (a) the terms or conditions of an order made pursuant to section 161 or a recognizance entered into pursuant to section 810, 810.1 or 810.2; or (b) the terms or conditions of any other order or recognizance made or entered into under the common law or a provision of this or any other Act of Parliament or of a province that is similar in effect to an order or recognizance referred to in paragraph (a). (5) Where the court is satisfied of the existence of an aggravating factor referred to in subsection (4), but decides not to give effect to it for sentencing purposes, the court shall give reasons for its decision."

³⁴⁶ Sobre este tema, ver CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*...", *op. cit.*, p. 2; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho penal...* *op. cit.*, p. 135 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. Y MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Acoso y Derecho..." *op. cit.*, p. 29-31; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: "El delito de *Stalking* como nueva forma de acoso", *op. cit.*, p. 7; MAUGERI, A.M.: "El *stalking* como delito..." *op. cit.*, p 77 y 78.

llegar a este plural.

El tipo penal canadiense sanciona expresamente el *stalking* incluso cuando se realiza con imprudencia (*recklessness*), permitiendo, de ese modo, perseguir penalmente a quien no tenía la intención de molestar, pero que era consciente del riesgo de molestia que portaba su conducta para la víctima (*recklessly as to whether the other is harassed*)³⁴⁷.

En el ordenamiento jurídico **australiano**, el proceso de incriminación del delito de *stalking* se produjo entre los años 1993 y 1995. De la misma forma que sucedió en Estados Unidos, fue el conocimiento por los medios de comunicación del asesinato de varias mujeres en el marco del acoso producido por sus ex parejas lo que determinó la introducción de este tipo de normas en las legislaciones penales³⁴⁸.

Queensland fue el primer Estado en introducir esta figura delictiva. En concreto, el delito de *stalking* venía recogido en el artículo 359A del Código Penal, que incorporaba una figura compleja, siendo los puntos más destacados los siguientes: i) se requería, para su tipicidad, la existencia de un conjunto de actos realizados al menos en dos distintas ocasiones; ii) la víctima debía ser consciente de ser acosada; iii) El autor debía tener la intención de que la víctima adquiriera dicha conciencia.

La redacción del artículo fue criticada por varias razones. En primer lugar, no indicaba en qué debían consistir las conductas que podían integrar el *stalking*. En *segundo lugar*, se requería la específica intención del autor para que la víctima tomara conciencia de que estaba siendo acosada. Y a eso se le sumaba la necesidad de que el curso de la conducta hiciera creer a una persona razonable colocada en la situación de la víctima –colocada en la situación de la víctima y sabiendo las circunstancias conocidas o previstas o previsibles por el autor-- que tal conducta implicaba que un acto de

³⁴⁷ MAUGERI, A. M., “El *Stalking* en el Derecho comparado...”, *op. cit.*, p. 11, citando a ASCHWORTH, “Principles of Criminal Law, Oxford 1991, p.154.

³⁴⁸ Ver PURCELL, P., PATHÉ, M., & MULLEN, PÁG: “The prevalence and nature of stalking in the Australian community”, en *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, N.º. 36, pp. 114–120; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho penal... ob. cit.*, págs 137 y ss.

violencia ilícita contra la persona o la propiedad podría dirigirse hacia la víctima o hacia una persona cercana a ella.

Las valoraciones negativas surgidas en torno a esta figura favorecieron una modificación legislativa. Así, en 1999 la figura típica queda regulada en el artículo 359B: *conducta que hallándose intencionalmente dirigida contra una persona y producida en una ocasión si es prolongada o en más de una ocasión en los demás casos, pueda causar a la víctima –tanto si efectivamente lo hace como si no-- aprensión o miedo razonable según las circunstancias de que acontezca violencia contra la propiedad o la persona de la víctima del stalking o de un tercero*. Junto a la descripción del tipo incluye como modalidades delictivas la de i) seguir, merodear cerca, observar o aproximarse a la víctima; ii) contactar con ella de cualquier forma, incluyendo, por ejemplo, el teléfono, el mail o el uso de cualquier otra tecnología; iii) merodear cerca, observar, aproximarse o entrar en el lugar donde la persona vive, trabaja o eventualmente se encuentra; iv) dejar material ofensivo donde pueda ser encontrado, o donde pueda traer la atención una persona; v) facilitar material ofensivo a una persona, de manera directa o indirectamente; vi) actuación intimidatoria, acosante o amenazante sobre otros, incluya o no violencia o amenaza de violencia; y vii) acción violenta, o de amenaza de violencia, contra alguien o contra la propiedad de alguien, incluyendo la del acusado.

Se impone además uno de los supuestos agravados de *stalking*, recogido en la sección 359 E (3) (c) del *Criminal Code Act 1899*, a quien *“infringe o amenaza con infringir una medida cautelar o una orden judicial impuesta por un Juzgado o Tribunal de conformidad con una ley de la Mancomunidad de Naciones o el Estado”*³⁴⁹.

Lo mismo ocurre en otros territorios de Australia tales como el Northern Territory, Australian Capital Territory, South Australia y Western Australia, dónde la infracción de una orden judicial supone también una circunstancia agravante³⁵⁰.

³⁴⁹ Precepto original: *“(c) contravenes or intentionally threatens to contravene an injunction or order imposed or made by a court or tribunal under a law of the Commonwealth or a State”*.

³⁵⁰ Vemos, igual que sucede en la legislación de Estados Unidos, que en caso de aplicarse tal norma en nuestro ordenamiento jurídico podríamos encontrarnos ante un problema concursal, salvo que exista una expresa disposición legal o proceda la aplicación del artículo 8 del Código Penal.

De la misma manera que ocurrió con California, Queensland es el precursor de la regulación del *stalking* en Australia: el resto de Estados introducen en sus respectivas legislaciones el delito de *stalking*, tomando como punto de partida el regulado por dicho Estado.

A pesar de las variaciones que existen entre unos estados y otros, la mayoría de las regulaciones requieren la intencionalidad en la conducta del autor. Y respecto de la penalidad, se refieren a penas de prisión de hasta tres años, y hasta cinco en los tipos agravados, salvo excepciones como la de Victoria, donde la conducta de *stalking* se penaliza con hasta diez años de prisión.

Otro país también dispone de regulación del delito de *stalking* es **Reino Unido**.

Tal y como expone VILLACAMPA ESTRIARTE, este país jugó un papel principal en el proceso de expansión del delito de *stalking* hacia la Europa Continental, constituyendo la vía de entrada de éste a nuestro continente³⁵¹.

Su política criminal, más semejante a algunos países foráneos de habla inglesa, condujo al Reino Unido a tipificar el *stalking* en 1997 a través del *Protection from Harassment Act 1997*, que fue modificado a través del *Protection of Freedom Act 2012*³⁵².

El delito de *stalking* es contemplado en el artículo 1 del *Protection from Harassment Act 1997*, como conducta que a) *implique acosar a otro*, y b) *que el autor sepa o deba saber qué implica acosar a otro*. Por tanto requiere una intención sobre la realización de una conducta sobre la cual no realizar una definición, pues el término *acoso* no viene descrito en la legislación inglesa.

³⁵¹ Sobre ello, VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 146 y 155.

³⁵² El *Protection of Freedom Act 2012* introduce dos nuevos delitos: el *stalking* (insertado en la Sección 2A del *Protection from Harassment Act 1997*) y el *stalking involving fear of violence or serious alarm or distress* (introducido en la Sección 4A del *Protection from Harassment Act 1997*). Además, otorga poder de entrada y registro a la policía para el caso que se tengan motivos razonables para pensar que se ha cometido un delito de *stalking* o puedan hallarse pruebas de ello mediante el registro. Estas nuevas previsiones están diseñadas para hacer frente a un acoso más específico - el *stalking* - en oposición al *harassment* que determina el acoso más general, pudiendo incluirse en este último las disputas entre vecinos. Sobre ello, HOME OFFICE CIRCULAR, A change to the *Protection from Harassment Act 1997*, 2012.

Junto con la intención, el delito de *harassment* inglés requiere el curso de una conducta y que se cause un padecimiento en la víctima.

No expone abiertamente el tipo delictivo de Reino Unido --como sí lo hará nuestro ordenamiento-- la falta de legitimación para que la conducta sea punible. En cambio, el artículo 1 (3) define una serie de situaciones en las que el delito no será punible: i) el realizado con el objeto de prevenir o evitar un delito; ii) el realizado al amparo de la ley o para cumplir con cualquier condición o requerimiento impuesto por una persona con derecho a ello, o iii) que en las concretas circunstancias el ejercicio de dicho comportamiento fuera razonable.

A diferencia de lo que sucede en el derecho americano y en el español, el hecho de quebrantar una *restraining order* no supone una agravación respecto al tipo básico de acoso, aunque la infracción está especialmente prevista en la sección 5 del *Protection from Harassment Act 1997*. En cambio, sí existe como tipo cualificado, previsto en el artículo 4, para el caso en que la conducta realizada por el autor cause miedo a otro, al menos en dos ocasiones, de que pueda emplearse violencia contra él, y siempre que el autor sepa o deba saber que esta conducta causa tal sensación en la víctima en cada una de las ocasiones. Para este supuesto se establecen las excepciones que ya fueron contempladas para el tipo básico³⁵³.

Las mismas reglas que en Reino Unido son aplicadas en el territorio de **Escocia** respecto de las *non-harassment orders*³⁵⁴. La *Protection from Harassment Act* considera el acoso como una infracción civil, que permite a la víctima solicitar una medida de

³⁵³ Sobre este tema, ver MAUGERI, A. M., *op. cit.*, p. 5-7. Establece la autora que “la conducta debe realizarse, según prevé el artículo 1.1 b), con dolo o recklessness (quien lo comete sabe o debe saber que su comportamiento constituye una molestia [he knows or ought know amounts to harassment of the other]), precisándose que el dolo y el carácter ofensivo de la conducta debe ponderarse según los parámetros medios de una persona razonable que esté en posesión de la misma información de la que dispone el agente”.

³⁵⁴ Vid. Sección 234A del Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, introducido por el *Protection from Harassment Act 1997*.

protección, semejante a lo que en nuestro ordenamiento jurídico sería una orden de alejamiento. Su quebrantamiento supone un ilícito penal³⁵⁵.

Hemos de destacar que la condena a imponer puede conllevar una responsabilidad civil por las lesiones físicas y los daños materiales causados a la víctima, incluidas las pérdidas financieras que con ocasión del delito le hayan podido ocasionar.

El delito de *stalking irlandés* es conocido de la misma manera que su vecino Reino Unido, con el término de *harassment*³⁵⁶. Término que sirve para incluir distintos tipos de acoso, tales como el laboral o escolar³⁵⁷.

En la Sección 10 de la *Non-Fatal Offences Against the Person Act 1997* se regula explícitamente el delito de *stalking (harassment, como lo configura este estado)*.

Alude este articulado a la falta de legitimación pasiva como condición necesaria para consumir el tipo delictivo, y configura la acción como acoso a otra persona de manera persistente ya sea telefónicamente o por cualquier medio de comunicación o vigilancia.

En el punto segundo del artículo 10 define el término *acoso*, y lo entiende: “a) como una acción dolosa o imprudente de interferencia seria en la paz y la privacidad del otro, o que provoca alarma, angustia o daño a otra persona, y b) como un temor causado a persona que le haga sentir que su paz y privacidad pudieran ser atacados, o causen alarma, angustia o daño de que pudieran serlo”. Es decir, castiga tanto a las acciones que efectivamente modifican *de facto* la tranquilidad de las personas, como a las que puedan causar temor de que esa paz y tranquilidad puedan ser alteradas, aunque no lo hayan sido aún.

³⁵⁵ Ver WOODHOUSE, J. & STRICKLAND, P., “Stalking: criminal offences”, en *House of Commons Library, Briefing paper*, Núm. 6261, 19 Mayo 2016, p. 5

³⁵⁶ Sobre este tema, ver CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por *stalking*”, *op. cit.*, p. 2; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho penal...* *op. cit.*, pp. 146 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V.: “Acoso y Derecho...”, *op. cit.*, pp 31-33; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de *Stalking*...” *op. cit.*, p. 7; MAUGERI, A.M.: “El *stalking* como delito...” *op. cit.*, pp 74-77.

³⁵⁷ El acoso escolar (también conocido como hostigamiento escolar, matonaje escolar o por su término inglés *bullying*) es cualquier forma de maltrato psicológico, verbal o físico producido entre escolares de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado.

Prevé el artículo la posibilidad de que el tribunal imponga, además de la pena principal o como alternativa a cualquier otra pena, y por el tiempo que prudencialmente se determine, la prohibición de comunicación por cualquier medio con la víctima o la prohibición de acercarse a ella a una concreta distancia, especificando cual es el lugar de residencia de la víctima y el lugar en el que trabaja³⁵⁸.

Las penas por la comisión de estos hechos dependerán de la gravedad de la conducta realizada, pudiendo imponerse multa o incluso prisión hasta 12 años.

Mantiene la postura de Reino Unido, optando por mantener la misma pena para el caso que el acoso se produzca mediante la infracción de esta prohibición³⁵⁹.

1.2.2.- Regulación en legislaciones latinoamericanas

La influencia de esta figura anglosajona no fue importante en los países latinoamericanos; de hecho sus legislaciones no contemplan la figura del *stalking*, y únicamente Ecuador y Perú contemplan figuras que, sino propias del delito de acoso, si mantienen una aproximación con ésta.

Ecuador castiga la violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar en su Código Penal.

³⁵⁸ Precepto original: "10.—(1) Any person who, without lawful authority or reasonable excuse, by any means including by use of the telephone, harasses another by persistently following, watching, pestering, besetting or communicating with him or her, shall be guilty of an offence. (2) For the purposes of this section a person harasses another where— (a) he or she, by his or her acts intentionally or recklessly, seriously interferes with the other's peace and privacy or causes alarm, distress or harm to the other, and (b) his or her acts are such that a reasonable person would realise that the acts would seriously interfere with the other's peace and privacy or cause alarm, distress or harm to the other. (3) Where a person is guilty of an offence under subsection (1), the court may, in addition to or as an alternative to any other penalty, order that the person shall not, for such period as the court may specify, communicate by any means with the other person or that the person shall not approach within such distance as the court shall specify of the place of residence or employment of the other person. (4) A person who fails to comply with the terms of an order under subsection (3) shall be guilty of an offence. (5) If on the evidence the court is not satisfied that the person should be convicted of an offence under subsection (1), the court may nevertheless make an order under subsection (3) upon an application to it in that behalf if, having regard to the evidence, the court is satisfied that it is in the interests of justice so to do. (6) A person guilty of an offence under this section shall be liable— (a) on summary conviction to a fine not exceeding £1,500 or to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to both, or (b) on conviction on indictment to a fine or to imprisonment for a term not exceeding 7 years or to both".

³⁵⁹ Este mismo precepto, punto (4).

Al hacer referencia a este tipo delictivo, incluye como conducta típica lo que en legislaciones anglosajonas se consideraba ya delito de *stalking* o *harassment*.

En concreto, el artículo 157 del Código Penal castiga a la persona que cause perjuicio a la salud mental de la mujer o miembros de su familia, mediante actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones. La pena a imponer será de privación de libertad de 30 a 60 días si causa un daño leve, de seis meses a un año, llegando a los tres años de prisión si el daño causado es severo y no se puede revertir³⁶⁰.

No podemos afirmar que se trate propiamente de una figura de acoso. Sin embargo, incluye como conducta típica la vigilancia y el hostigamiento causados al sujeto pasivo (que en este caso se refiere únicamente a víctimas de violencia de género o a sus familiares).

La legislación ecuatoriana contempla como un delito propio de violencia de género el acoso u hostigamiento contra la víctima, mientras que nuestro derecho penal concibe el delito de acoso como un delito común. Ello no obstante, el Código Penal español agrava la pena en caso de que la conducta se dirija contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal (entre las que se incluye las víctimas de violencia de género).

A pesar de no existir una normalidad reguladora del delito de acoso en las legislaciones latinoamericanas, debemos hacer mención a la situación de Perú.

El Código Penal de **Perú**³⁶¹ no incluye un delito propio de acoso u hostigamiento, si bien en la descripción de los tipos delictivos podemos percibir ciertas semejanzas con el delito de *stalking* reconocido en la mayor parte de los ordenamientos europeos, y también en el español.

Prueba de ello es lo previsto en su artículo 154 (Violación de la intimidad), perteneciente al capítulo con el mismo nombre. Dicho artículo, prevé un castigo de pena

³⁶⁰ *Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador*, aprobado por la Asamblea Nacional el 28 de enero de 2014, Oficio No. SAN-2014-0138 en Quito, 03 de febrero de 2014, Artículo 157.

³⁶¹ Código Penal de Perú, aprobado por Decreto Legislativo n.º 635, el 3 de abril de 1991, publicado el 8 de abril de 1991.

privativa de libertad no mayor de dos años para aquél que *viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios*. En el caso de que el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista la pena a imponer será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, y si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

El artículo 154-A, por su parte, castiga con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años *al que ilegítimamente comercializa o vende información no pública relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga sobre una persona natural*, incrementando la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en el párrafo anterior si el autor comete el delito como integrante de una organización criminal.

En los artículos vistos hasta ahora se requerirá denuncia de la persona ofendida para su perseguibilidad (de igual manera que ocurre con carácter general en la legislación española, como tendremos oportunidad de comprobar).

Como decimos, no encontramos en el ordenamiento jurídico peruano una figura concreta del delito de hostigamiento, si bien este término no es desconocido por el derecho penal de Perú; en su artículo 108-B, que lleva por rúbrica "Feminicidio", se castiga con pena no menor de quince años al que *mata a una mujer por su condición de tal*. El artículo enumera a continuación una serie de modalidades que conforman el supuesto típico, y al hacerlo se refiere a una de ellas en los términos siguientes: "2. *Con coacción, hostigamiento o acoso sexual*"³⁶². A pesar de no existir un delito propio, lo cierto es que el legislador ha previsto un comportamiento "acosador" del autor a la víctima para calificar la conducta delictiva en uno de sus grados penológicos máximos, al relacionar este acoso con la muerte de la mujer, siempre que la muerte sea debida a

³⁶² Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013 y modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30323, publicada el 07 mayo 2015.

su condición de tal y que la misma haya estado relacionada con la actitud acosadora del autor hacia la mujer víctima.

1.2.3.- El *stalking* en los países de la Europa continental

Ya hemos adelantado que la introducción del delito de *stalking* en Europa se produjo a través de países de tradición jurídica común pero distinta a la Europa continental: se trataba de estados con *Common Law*. Países en los que, en definitiva, la evolución de la política- criminal tiene mucho más que ver con la propia de otros de la comunidad anglosajona, aun cuando ubicados en otros continentes, que con los de la misma Europa continental³⁶³.

Del estudio de las legislaciones de los países de Europa, podemos observar que muchos de ellos (entre los que se incluía España, pero también otros como Portugal, Luxemburgo o Italia) no resultaban influenciados por la legislación y jurisprudencia de corte anglosajón.

Sin embargo las distancias en las formas de legislar y de sentar jurisprudencia van disminuyendo a lo largo de los años; conforme se dictan convenios internacionales, se globalizan contenidos y se renuevan compromisos entre los países, dejándose entrever una tendencia al acercamiento entre formas de legislar que hasta hace pocas décadas era impensable sopesar juntas.

Entre los países que ya han incluido un tipo penal se *stalking ad hoc*, cabe destacar las incriminaciones específicas, además de en los Países Bajos, de la *beharrliche Verfolgung* en el **Código Penal austríaco**³⁶⁴, y de la *Nachstellung* en el StGB (Código Penal alemán)³⁶⁵, del delito de "*atti persecutori*" italiano³⁶⁶ y en vigor desde el 1 de octubre de

³⁶³ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p. 12.

³⁶⁴ Vid. § 107a CP austríaco.

³⁶⁵ Vid. § 238 StGB. Acerca de los precedentes que conducen a la introducción de este tipo delictivo, vid. UTSCH, *Strafrechtliche Probleme des Stalking*, Lit Verlag, Berlin, 2007, pp. 223 y ss. Sobre el actual tipo pueden consultarse, entre otros, los análisis efectuados en tono altamente crítico por NEUBACHER/SEHER, "Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)", en *JZ*, 2007, 21, pp. 1030 y ss.; VALERIUS, "Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB", en *JUS*, 2007, 4, pp. 324 y ss; STEINBERG, "Nachstellen-Ein Nachruf?", en *JZ*, 2006, 1, pp. 30 y ss .

³⁶⁶ El delito fue incluido al Código Penal Italiano mediante el Decreto Ley 11/2009, de 23 de febrero,

2011, del delito de *stalking* en el Código Penal sueco, con una sanción que puede llegar a los cuatro años de prisión.

En otro tratado distinto, VILLACAMPA ESTRIARTE expone que la variada incriminación del *stalking* en los distintos países ha conducido a una dispersión regulativa, que pueden converger en dos modelos de incriminación, cuando menos hasta la reforma de la *Protection from Harassment Act 1997* británica de noviembre de 2012³⁶⁷:

a) De un lado, el que tradicionalmente se había observado en los países de habla inglesa, que coincide con el observado en los primeros países europeos que incluyeron el *stalking* en sus legislaciones, caracterizado por una definición ciertamente sutil de la conducta de acoso, a la que se añade la consideración a la **reacción de la víctima** en la determinación de la conducta típica (y en concreto la causación de miedo o sensación amenazante), así como la agravante de realización de la conducta típica de *stalking* incumpliendo una orden judicial de no aproximación o comunicación con la víctima.

b) El segundo de los modelos regulativos sería el adoptado por la mayor parte de países de la Europa continental, en concreto Austria y Alemania, y más recientemente Italia. El modelo europeo se caracteriza por focalizar más la definición del comportamiento típico en el delito de *stalking* en las **conductas objetivamente llevadas a cabo por el acosador o stalker**, permitiendo con ello la adopción de definiciones de la conducta menos porosas, pero que no incluyen el *temor, miedo o desasosiego* causado a la víctima entre los requisitos para tipificar la conducta; es decir, focaliza el tipo delictivo en las actuaciones objetivas del sujeto activo, entendiendo que con la realización de tales conductas queda perfeccionado el tipo delictivo.

convalidado por el Parlamento italiano mediante la Ley 28/2009, que incluyó el Artículo 612 bis al CP italiano. Ampliamente sobre el proceso de inclusión y las características de la conducta típica: VILLACAMPA ESTRIARTE, C. "La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código Penal italiano. La tipificación del *stalking* en Italia" en Indret, 2009, pp. 1-29.

³⁶⁷ Acerca de éstos vid. VILLACAMPA ESTRIARTE, "*Stalking* y derecho penal", *op. cit.*, pp. 182 y ss. También escribe sobre el tema MAUGERI, A. M., *op. cit.*, p.9.

Vemos las particularidades concretas de cada uno de los países.

Dinamarca fue el primer país europeo en tipificar el delito conocido como *stalking*. Fue regulado por primera vez en el Código Penal en 1933³⁶⁸.

La conducta típica venía referida en el artículo 265, castigando a quien *vulnerara la paz de otro importunándolo o persiguiéndolo con cartas o molestándolo de cualquier otra forma, a pesar de la advertencia policial*³⁶⁹. La pena a imponer era de hasta dos años de prisión.

No se expone de manera concreta el número de actos necesarios para considerar aplicable el delito de *stalking*. No obstante, podemos entender necesaria la comisión de varios de las conductas descritas en su legislación, y ello porque, como acabamos de mencionar, para proceder a la tipificación del delito, el Código Penal danés requiere que el autor de los hechos haya *desobedecido la advertencia policial*; obviamente, si se castiga una conducta realizada desobedeciendo una advertencia previa sobre conductas anteriores, es claro que al menos se han debido realizar dos conductas típicas del delito de *stalking*: la que ha ocasionado la advertencia policial y la que se ha realizado posteriormente, desoyendo tal advertencia.

La relación entre el delito de *stalking* danés con el incumplimiento de advertencia policial hace pensar en nuestro ordenamiento jurídico y en que, si realmente el delito de desobediencia se asemejaba al de advertencia policial danés, podría existir el riesgo de contraponer el bien jurídico de protección de intereses de la víctima, tal como su

³⁶⁸ Y ello teniendo en cuenta que, tal y como establece MAUGERI, A. M., *op. cit.*, p. 8, Dinamarca se amparó en la disposición del artículo 78.3 de la Convención de Estambul, que permitía a los Estados adherirse a la Convención con la reserva de decidir si adoptar la herramienta penal o una regulación civil contra el *stalking*, en la medida que se tratara, en este último caso, de sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, precisando en su declaración que se reservaba el derecho de disponer sólo sanciones no penales contra el *stalking*. El delito de *stalking* danés ha sido modificado en dos ocasiones (en 1965 y 2004) en ambos casos para incrementar las penas previstas por las conductas delictivas.

³⁶⁹ La *advertencia policial* era una figura semejante a nuestro delito de desobediencia, que requería que el autor incumpliera una orden o advertencia policial, las cuales se concedían cuando i) la molestia o intromisión tuviera un carácter repetitivo, ii) siguiera las reglas del procedimiento penal; iii) las molestias debían ser persistentes en el tiempo; y iv) debían existir indicios que acreditaran que la acción podía perdurar si no se adoptaban las medidas necesarias.

libertad, con la actuación contra la administración de justicia, pues el *stalker*, con su comportamiento, no sólo vulnerará los intereses de la víctima, sino que también actuará contra lo ordenado por un agente del estado, con las consecuencias penales que en su caso, ello conllevará.

Bélgica es el segundo estado europeo en incriminar la conducta de *stalking*.

La redacción inicial del delito de *stalking* (o *belaging*, como lo nombra), describía esta conducta como *la persecución, observancia o el acoso repetidos a una persona percibidos por esa persona como perturbadores, inquietantes o torturantes*, imponiendo una pena de prisión de entre ocho días y tres meses y/o multa de veintiséis a cien francos.

La segunda redacción, en vigor desde el 27 de diciembre de 1998, castiga a quien *acosa u hostiga a otro sabiendo o debiendo saber que dicho comportamiento afectará gravemente la tranquilidad de la referida persona*, imponiendo penas de prisión de quince días a dos años y multa de cincuenta a trescientos francos, o con una de las penas solamente.

En esta reforma, el legislador belga optó por incluir la intención del sujeto activo, obligado a conocer o a tener la posibilidad de conocer la inquietud que iba a causar. Asimismo refería de manera indirecta, a través de la descripción del comportamiento del sujeto activo, afectación grave a la tranquilidad del sujeto pasivo.

La tercera modificación, realizada en 2004, introdujo un tipo agravado para los casos en que el móvil para las conductas antes mencionadas fuera el odio, menosprecio u hostilidad hacia una persona por razón de su raza, color de piel, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, sexo, orientación sexual, estado civil, nacimiento, edad, fortuna, convicción religiosa o filosófica, estado de salud, discapacidad, convicción política, característica física o genética o de origen social³⁷⁰.

De estos textos legales se ha criticado en el derecho belga la falta de descripción del término “acoso”, y la vaguedad de la redacción típica del delito.

³⁷⁰ Código Penal belga, Artículo 442 ter.

Por su parte, **Holanda** incorpora a su derecho penal la figura del *belaging*, en el artículo 285b, que entró en vigor el 12 de julio de 2000. La conducta típica que menciona dicho artículo viene referida a *quien de manera ilegítima, repetida e intencional se inmiscuye en la vida privada de otro con la intención de forzarlo a hacer alguna cosa, que se abstenga de hacerla o con la intención de inducirle miedo, castigando dicha conducta con penas de prisión de hasta tres años o multa.*

El delito de *stalking* holandés requiere ilegitimidad en la conducta, repetición e intención del sujeto activo de la acción.

La intención del sujeto activo ha de estar encaminada a forzar a alguien a realizar alguna cosa, o a que no la haga, pudiendo presentar problemas concursales con el delito de coacciones. Por otro lado, la conducta puede ir también enfocada a causar temor al sujeto, requiriendo en cualquier caso que el sujeto se inmiscuya en la vida privada de la víctima.

En este sentido, podríamos hablar, en este supuesto, de una confluencia de bienes jurídicos protegidos, puesto que, junto con la libertad deambulatoria o de acción de la víctima, queda protegido igualmente el derecho a la intimidad del sujeto pasivo, que se ve truncado con la presencia del autor del delito en su esfera privada, sin estar legitimado para ello, tal y como recoge el precepto.

Malta recoge el delito de *stalking* entre su articulado desde 2005. Influenciado en parte por Gran Bretaña y por la *Protection from Harassment*, reconoce el delito básico de *harassment* en su artículo 251A, castigando a quien realiza un curso de conducta que i) equivale a acosar a otro, y ii) que sabe o debe saber qué implica acosar a otra persona.

Requiere, por tanto, expreso conocimiento del autor, o que tenga los medios para alcanzar dicho conocimiento, y no define, como tampoco lo hace el delito previsto en Reino Unido, el concepto de *acoso*. Prevé excusas absolutorias equiparables a las recogidas en el derecho anglosajón, y sin embargo impone penas inferiores a las previstas en la ley británica, previendo pena de prisión de uno a tres meses o multa, o ambas.

Contempla, el derecho penal maltés, la pena superior en grado si el acoso se realizara mediando parentesco, relacionadas con el autor por funciones públicas o de tribunales.

Asimismo, ese Código regula un tipo agravado para el caso que el curso de la conducta haya generado en la víctima miedo a que pueda usarse violencia contra su persona o contra su propiedad, o contra personas cercanas a la víctima, o la propiedad de alguno de éstos (siempre que el autor sepa o deba saber que su curso de conducta pueda causar tales temores).

El Código Penal maltés realiza un ejercicio de concreción a la hora de determinar exactamente qué supone personas *cercanas a la víctima*, remitiendo al artículo 221 (1). Ello supone a nuestro juicio un elemento de valor a tener en cuenta, puesto que el derecho español no detalla las personas sobre las que puede recaer la conducta delictiva, si no que se refiere a los *allegados, personas cercanas a la víctima*, debiendo ser el Tribunal el que concrete si la persona sobre la que se ha realizado la acción es o no alguien cercano a la víctima, o lo suficientemente cercano como para entender realizada la conducta típica en cuestión.

En **Italia**, y tras los estudios llevados a cabo por el *Osservatorio Nazionale Stalking*, creado en 2002, y por el *Centro Nazionale Stalking*, creado en 2006, se ha incorporado un delito específico de acoso —*atti persecutori*— que se regula en el artículo 612 bis del Código Penal italiano³⁷¹.

La redacción original del *atti persecutori*, introducido en el *Codice Penale* en 2009, no contaba con tipos agravados, sin recoger tampoco ninguna agravación respecto a la violación de una orden de protección³⁷².

³⁷¹ Dicho artículo expone como conducta típica la siguiente: “amenazar o molestar a otro de modo que pueda producirle un estado permanente y grave de ansiedad o miedo, o que le haga modificar sus patrones de conducta”, estructurándose como una conducta que exige reiteración. Sobre la tipificación del delito de *stalking* en Italia, ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La introducción del delito de “atti persecutori”” en Indret, 2009 y ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso”, *op. cit.*, p. 3, trabajos en los que nos apoyamos reiteradamente por ser los más actuales y completos que se han escrito sobre la presente temática. El elemento del “miedo” como parte de elemento del tipo ha sido criticado por FIANDACA, G. / MUSCO, E., “El delito de *stalking* en el código penal italiano”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 13, 2010.

³⁷² Sobre este tema, entiende MAUGERI, A. M., *op. cit.*, p. 8-9, que “*las conductas reiteradas pueden*

Los tipos agravados fueron incorporados mediante el Decreto Ley de 14 de agosto de 2013 nº 93, y lo hicieron con un objetivo: proteger a las víctimas de violencia de género y a aquellas personas especialmente vulnerables tales como menores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad recogidas en el artículo 3 de la Ley 5 de febrero de 1992 nº 104, también llamada *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*³⁷³.

Austria incluye en 2006 el delito de *stalking* en su articulado en el Código Penal, entre los delitos contra la libertad³⁷⁴. Entiende el legislador austríaco que el *stalking* constituye una forma de violencia psicológica, siendo consciente de la necesidad de lucha contra este tipo de violencia, así como la necesidad de averiguar los efectos psicológicos que este tipo de violencia causaría en la víctima.

El Código Penal austriaco prevé el delito de *Beharrliche Verfolgung*. No incluye ningún tipo agravado, por lo que tampoco tiene en consideración el desvalor producido por la violación de la posible orden de protección impuesta.

El *stalking* es definido como *una conducta continuada en un largo periodo de tiempo que resulta adecuada para perjudicar de manera inadmisibile el modo de vida de la víctima y que puede consistir bien en buscar su proximidad física, bien en conseguir mantener contacto con la víctima a través de la telecomunicación o utilizando un medio*

importar una amenaza, término con el que se alude a una conducta «idónea no sólo para proyectar un mal futuro, sino (...) también para inculcar temor en la persona ofendida, teniendo en cuenta, precisamente, el contexto (...) existente», o una molestia, la que se realiza --al tenor de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia de la contravención respectiva (artículo 660, del Código penal)-mediante «una interferencia injustificada en la esfera privada de otros, capaz de turbar la tranquilidad». Se tratará de una «forma de actuar apremiante, repetitiva, insistente, indiscreta e impertinente, que termina por condicionar las costumbres y la esfera psíquica del sujeto pasivo». Las conductas, singularmente entendidas, pueden no ser de por sí punibles (como amenazas, en los términos del artículo 612, o como molestias, al tenor del artículo 660) siempre y cuando sean tales en su consideración global como para asumir valor de amenaza o molestias realizadas «con el objeto de provocar...», conforme señala el artículo 612 bis”.

³⁷³ Sobre la regulación italiana, ver CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por *stalking*”, *op. cit.*, p.2, y ampliamente VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La introducción del delito de “*atti persecutori*” en el Código penal italiano...” *op. cit.*, pp. 15 y ss.; NISCO, A.: “Seguridad y Derecho penal en Italia: evoluciones de la legislación y la jurisprudencia constitucional”, en ARROYO ZAPATERO (Editor), L., *Securitarismo y Derecho Penal: Por un Derecho penal humanista*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2014, p. 183; MAUGERI, A.M.: “El *stalking* como delito...” *op. cit.*, p. 86 y ss.

³⁷⁴ §107 Código Penal Austríaco.

de comunicación específico o mediante terceros, o en ordenar por ella mercancías o servicios utilizando sus datos personales, o bien, finalmente, provocando que un tercero tenga contacto con la víctima mediante uso de sus datos personales.

Considera el delito de acoso un delito de mera actividad, bastando con la expresa oposición de la víctima a las conductas que regula el Código, antes referidas., las cuales deben darse de manera continuada en el tiempo.

Como veremos, si bien las conductas típicas son prácticamente idénticas a las enumeradas por el Código alemán, difiere de este último en que en este caso se trata de un delito de mera actividad y no de resultado, como sí lo contempla el derecho germano.

Introduce el requisito de perseguibilidad, pudiendo imponerse medidas de protección tanto en el ámbito penal como en el civil.

Es importante señalar que el derecho austriaco no es el único en requerir denuncia de la persona ofendida para la persecución del delito como tal. De hecho, veremos en apartados posteriores que el derecho penal español sigue la misma línea que Austria, requiriendo la denuncia previa de la persona ofendida o de su representante legal para proceder por el delito de hostigamiento. Sin embargo, el derecho español establece una excepción a la norma general: en el caso en que la víctima sea alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal, no será exigible la denuncia previa.

Y ello, como veremos, por la especial naturaleza en que el delito se puede cometer en estas ocasiones, en un clima de intimidad y cercanía que posibilita, por un lado, la realización del tipo delictivo, y por otro, la impunidad de este mismo comportamiento, dada la dificultad de contar con pruebas para hacerlo valer ante un Tribunal.

Si hemos de buscar un antecedente directo al delito de *stalking* español, lo encontramos en **Alemania**³⁷⁵.

³⁷⁵ El Dictamen del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal

Alemania tipificó el *stalking* bajo el nombre de *Nachstellung*³⁷⁶ en el año 2007. Y lo hizo bajo las críticas de un sector de la doctrina, que consideraban innecesaria la incorporación de tales comportamientos al Código Penal, por entender que, además de la técnica legislativa empleada, la incriminación de tal conducta suponía actuar en contra de la nueva política criminal propulsada por el país.

Sin embargo, la regulación del delito de *stalking* también tuvo voces amigas, que apoyaron la incursión de este tipo delictivo, haciendo constar la necesidad de contar con una previsión específica para delitos de esta naturaleza. Y es que antes de la tipificación de esta conducta, los supuestos de *stalking* podrían ser penados, en su caso, con arreglo a otros preceptos del Código Penal, siempre que cumplieran con los requisitos de la figura penal correspondiente, lo que no tenía por qué darse en la práctica.

Junto al tipo básico recoge dos tipos agravados, los cuales tienen en consideración el desvalor que representa la mayor puesta en peligro de los bienes jurídicos de la víctima, así como el resultado producido. Por ello se agrava tanto poner en peligro la vida o la integridad física de la víctima, un familiar o una persona próxima a ella, como la consecución de su muerte.

El acoso se regula en el parágrafo 238 del Código Penal; dicho precepto castiga a quien *persigue a una persona de manera no autorizada y persistente, de manera que. i) busca su proximidad en el espacio; ii) intenta establecer contacto con ella mediante el uso de medios de telecomunicación, medios de comunicación especiales o mediante terceras personas, iii) realiza pedidos de objetos o servicios a nombre de esa persona mediante el mal uso de los datos de dicha persona o bien provoca que algún tercero entre en contacto con ella empleando dicho mecanismo, iv) amenaza a la persona con lesionar la vida, incolumidad corporal, salud o libertad propia o de una persona cercana a ésta o v) emprende otra conducta semejante a las indicadas.*

indica que el tratamiento punitivo del acoso en España se realiza de forma similar al Código Penal austriaco (§107a öStGB) y, en particular, al Código Penal alemán (§238 StGB) del cual expone que “*sirve de inspiración al nuevo delito*”. Vid. Dictamen del Consejo General al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 18.

³⁷⁶ Vid. §238 del Strafgesetzbuch.

Veremos que la redacción del delito de acoso español es muy semejante a la realizada por el Código Penal alemán, diferenciándose sustancialmente en que el tipo español no prevé las amenazas de la lesión física o atentado contra la vida de la víctima o persona cercana a ella, ni prevé la realización del tipo por conducta análoga.

Todas las conductas mencionadas en el Código alemán requerirán, además de una persistencia en el tiempo, la denuncia previa del ofendido/a para perseguir las mismas como delitos (tal y como ocurre en Austria).

El delito, como ya hemos adelantado, prevé dos tipos agravados: i) *cuando con la acción el autor pone en peligro de muerte o de sufrir un menoscabo grave de salud a la víctima, a un pariente suyo o a una persona cercana a ésta, y ii) cuando el autor causa la muerte de la víctima, a un pariente suyo o a una persona cercana a ésta.*

La pena básica a imponer será de prisión de hasta tres años, pudiendo llegar a cinco años en función del resultado causado y de la condición de la víctima, y hasta diez años de prisión si con las actuaciones descritas se llega a causar la muerte de la persona hostigada.

Estas conductas, de distinto origen y de naturaleza de acción diferente, tienen un denominador común: todas ellas se configuran como un delito de resultado, requiriendo que se haya causado una grave perturbación en la vida de la víctima para aplicar el tipo agravado (no siendo necesario, como hemos apuntado, la creación de un temor en la propia víctima para la aplicación del tipo básico, que como hemos señalado quedará perfeccionado con la realización de actos típicos por el *stalker* y la alteración en la vida de la víctima).

Luxemburgo regula la figura del acoso como *harcèlement obsessionnel* (Artículo 442-2 *Code Pénal*), recogido en el capítulo IV-2 del título VIII del Libro IV, que entró en vigor en 2009.

Dicha figura delictiva no prevé tipos agravados, ni penaliza el mayor desvalor producido mediante el acecho cuya consecución se alcanza a consecuencia de la violación de una orden judicial.

Las penas previstas se configuran dentro de un amplio margen (de 15 días a diez años de privación de libertad), así como multa de 215 a 3.000 euros.

En **Francia** también se ha regulado la figura del acoso o acoso, y en consonancia con el espíritu del Convenio de Estambul, en vigor desde el 1 de agosto de 2014, sigue la senda de Italia y eleva la pena dependiendo de hacia quién se dirigió el *harcèlement moral*³⁷⁷, haciendo hincapié en los menores y personas con discapacidades, pero sin hacer mención expresa a realización de la conducta típica quebrantando la orden judicial. Las penas se impondrán en función de la condición de la víctima y del resultado causado, oscilando entre uno y cinco años de prisión y multa de 45.000 a 75.000 euros.

Portugal ha sido de los últimos países de nuestro entorno en legislar sobre la figura delictiva de la que nos estamos ocupando, y lo hace claramente inspirado por el Convenio de Estambul, como se desprende de la Exposición de motivos de la Ley y de su propio articulado³⁷⁸.

En concreto la reforma penal para incluir el acoso en la ley data del 19 de septiembre de 2014, y a través del artículo 153 A incluye el delito de acoso entre las conductas típicas.

El Código portugués castiga a quien *de manera intencional y repetida, persiga a otra persona o persista en el enfoque físico no deseado, sobre todo en lugares de paso o de frecuencia, o utilice para ello a personas cercanas, como la familia, provocando el miedo o la inseguridad, o intimide o amenace, con el fin de poner obstáculos a la libertad o privacidad.*

Se impondrá pena de prisión de hasta un año, o pena de multa de hasta 120 días, esclareciendo que la misma se aplicará sin perjuicio de que la conducta descrita pudiera ser penada conforme a otro precepto penal de mayor gravedad. Aclara de esta manera el posible problema concursal que pudiera darse.

³⁷⁷ Vid. arts. 222-33-2-1 y 222-33-2-2 del *Code Pénal*. Estos artículos fueron introducidos por la LOI nº2014-873 de 4 de agosto de 2014.

³⁷⁸ Ley 69/14 de *Reforma legal de acoso en el código penal*, de 29 de agosto de 2014, aprobada por la Asamblea de la República el 19 de septiembre de 2014.

Asimismo castiga los comportamientos repetidos de comunicaciones no deseadas, es decir, cartas, mensajes de correo electrónico, SMS, llamadas telefónicas, o la difusión de imágenes privadas a través de Internet, con los propósitos del apartado anterior.

Junto a los tipos básicos, el Código portugués reconoce una serie de tipos agravados en función de la edad o la especial vulnerabilidad de las personas.

Introduce un tipo cualificado en función del resultado, esto es, en caso de que la conducta típica llegue a producir lesiones graves o la muerte de la víctima, y diferenciando si los daños físicos o la muerte se causan intencionadamente o no.

Por último, el artículo introduce la posibilidad de imponer como pena accesoria la prohibición de tener contacto con la víctima, incluyendo la prohibición de acercarse a su residencia o lugar de trabajo, así como el sometimiento a mecanismos telemáticos de localización, así como el requisito de denuncia previa de la persona ofendida para su perseguibilidad.

* * *

A la vista de las legislaciones vistas hasta ahora, podemos concluir que las más modernas aprovechan la trayectoria de las anteriores, así como la inclusión de convenios internacionales y de incorporación de nuevas tecnologías a la lucha contra el crimen, para configurar los delitos aquí estudiados de una manera más compleja y desarrollada.

Y así como vemos que la circunstancia agravante derivada de inobservar una orden judicial restrictiva de derechos es una constante entre los países anglosajones extraeuropeos, esta tradición se desvaneció al introducirse posteriormente este delito en el Reino Unido. Tras ello, ningún otro país europeo lo incluyó con posterioridad hasta la entrada en vigor de la Ley portuguesa, como acabamos de estudiar. Ya adelantamos que en España no se prevé esta circunstancia, lo que deberá ser puesto en relación con la problemática concursal y los delitos específicos de quebrantamiento, que analizaremos en epígrafes posteriores.

Entendemos, en conclusión, que las legislaciones del derecho comparado han conseguido acreditar la necesidad de incriminación de la figura del *stalking*, asociando esta modalidad delictiva con bienes jurídicos lesionados por ella, que antes no quedaban íntegramente protegidos. Castigan de esta manera el atentado contra bienes eminentemente personales, que en algunos supuestos trascienden de la esfera de la persona física y abarcan situaciones dignas de protección de naturaleza patrimonial. Los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han pretendido dar una respuesta penal a una demanda social que venía pidiendo respuesta desde hace años.

Ahora bien, también hemos podido comprobar que las distintas legislaciones del marco internacional y europeo no mantienen una posición unánime sobre los elementos configuradores del delito de *stalking*³⁷⁹.

La mayor parte de los estados estudiados configuran el delito de acoso como de mera actividad, perfeccionándose la conducta delictiva con la realización de los comportamientos previstos en su articulado. En cambio, países como Dinamarca, Alemania, Francia o Portugal exigen un resultado concreto: que llegue a causarse temor, inseguridad e inquietud a la víctima.

Sobre el requisito de perseguibilidad, Austria y Alemania inciden en la necesidad de denuncia previa para poder perseguir el delito. Veremos que esta previsión es seguida por el ordenamiento español, si bien con algunas excepciones, en función del sujeto pasivo sobre el que recaiga la acción.

Uno de los elementos en los que se observa mayores diferencias entre los ordenamientos, es el relativo a las conductas configuradoras del tipo. No todos los estados estudiados regulan el delito con comportamientos tasados. El estado californiano, Reino Unido, Dinamarca o Bélgica no describen conductas concretas del tipo, sino que se refieren al comportamiento que implique un *temor en la víctima*, independientemente del medio empleado para ello. En cambio, estados como Canadá, Australia, Austria y Alemania describen las conductas delictivas. Y esta taxatividad --que

³⁷⁹ Sobre el *stalking* en el derecho comparado, MAUGERI, A. M., "El *Stalking* en el Derecho comparado...", *op. cit.*, p.9-19.

ha tenido, como hemos comprobado, defensores y detractores--, se complementa en algunos estados, como Alemania, con una disposición residual en la configuración de conductas: que la acción delictiva que sea “análoga” a las anteriores. Esta cláusula final favorece la aplicación del tipo a conductas que, si bien no se corresponden con las descritas en el tipo, sí obedecen al resultado previsto en el delito, relativo a causar temor a la víctima contra quien se dirige la acción, y hacerla así variar sustancialmente su modo de vida.

En cuanto al comportamiento del sujeto, los estados también se encuentran divididos; California, Australia, Reino Unido, Dinamarca, Bélgica, Holanda, Malta, Austria y Portugal requieren que el autor sea consciente de la comisión e un delito (o que pudiera haberlo sabido, tal y como prevé el ordenamiento belga). Por el contrario, países como Canadá o Irlanda prevén la comisión por dolo y por imprudencia.

Desde el punto de vista del sujeto pasivo, la mayoría de los ordenamientos aquí estudiados requieren que el sujeto sea consciente del atentado contra sus intereses que la conducta de *stalking* está produciendo: en Reino Unido se llega a exigir que la víctima pruebe el “miedo específico” causado; en Dinamarca se exige que el sujeto pasivo se haya visto “importunado o molestado”; en Holanda, que “se inmiscuya en la vida privada de la víctima”; en Australia se requiere un conocimiento de la conducta del *stalker*; en Canadá, se precisa que el miedo causado a la víctima sea “razonable”; en Alemania que la vida del sujeto pasivo se haya visto alterada a consecuencia de la conducta delictiva; en Austria, que las actuaciones del autor haya superado el nivel racional de tolerancia.

Entendemos que hacer depender la responsabilidad penal de un elemento subjetivo como es el nivel de miedo creado a la víctima puede conllevar el riesgo de distorsionar la efectividad de este tipo delictivo. No es el único delito en los ordenamientos del derecho comparado que incide en el estado del sujeto pasivo para calificar la acción delictiva. Sin embargo, creemos más oportuno relacionar el resultado delictivo con la real modificación de la vida ordinaria del sujeto pasivo causada a consecuencia del comportamiento delictivo del *stalker*. De esta manera, aun existiendo un elemento subjetivo objeto de prueba, la comprobación de la acción delictiva no precisará de tantos elementos subjetivos formadores de la acción, por lo que la

respuesta penal podrá ser más clara y previsible.

Valoramos positivamente la inclusión del delito por las distintas legislaciones americanas y europeas; de conformidad con VILLACAMPA ESTRIARTE, entendemos que *muy probablemente la razón que explica la criminalización de tales conductas no solamente deba buscarse en la producción de los referidos hechos, que debieron hallar el conveniente caldo de cultivo para provocar la aparición de un nuevo delito.*

Esto es, la justificación de la aparición del stalking como delito debe abordarse desde una perspectiva constructorista, aquella que explica la creación de un crimen para luchar contra una conducta aberrante pero no aparecida ex novo; es en la creación social del problema y no en su propia aparición ontológica donde debe hallarse la razón que explica la incriminación de tales conductas³⁸⁰.

En cualquier caso, el debate sobre la necesidad o no de la incriminación de esta modalidad de comprometimiento ha quedado relegado al ámbito teórico, pues el Convenio del Consejo de Europa *sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, tantas veces citado, en cuanto que su artículo 34 exhorta a los estados firmantes la necesidad de tipificar como delito el comportamiento repetido y reiterado de carácter amenazador contra otra persona, que le ocasione un sentimiento de temor por su seguridad³⁸¹. Si bien el Consejo de Europa deja libertad a los estados miembros para que adopten las medidas tendentes a hacer cumplir lo dispuestos en el artículo mencionando, lo cierto es que, al menos en el caso de España, la única vía para tipificar un hecho como delito es incorporarlo a la legislación penal. Y así ha sucedido en el caso español, en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, que incorpora el delito de acoso a nuestro articulado penal.

³⁸⁰ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 10-11.

³⁸¹ *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011*, referenciado anteriormente.

1.2.4.- El *stalking* en el Derecho Español

Como se ha dicho hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, el delito de acecho o *stalking*³⁸² no había sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de ser una figura asentada hace años en ordenamientos jurídicos penales de nuestro entorno, hecho que hemos tenido oportunidad de comprobar³⁸³.

El tipo delictivo viene regulado en el artículo 172 ter del Código Penal, en el Capítulo II (De las coacciones) del Título VI (Delitos contra la Libertad) del Libro II (Delitos y sus penas), y queda redactado como sigue:

"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

³⁸² Usaremos esta referencia anglosajona porque, a nuestro entender, engloba la totalidad de los hechos que tienen cabida dentro de la figura delictiva del artículo 172 ter.

³⁸³ No obstante, ya lo apuntó CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*...", *op. cit.*, p. 2, citando a DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Acoso y Derecho penal", p.25, "el acoso no es un fenómeno nuevo; el acoso ha existido siempre". También SHERIDAN, L. P. BLAAUW, E. & DAVIES, G.M.: "Stalking: Knowns and Unknowns", en *Trauma Violence & Abuse*, Vol. 4, n.º 2, 2003, p. 149.

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" España ha sido uno de los últimos países de la Unión Europea en legislar el delito de *stalking*; esto le ha hecho tener ante sí, a la hora de legislar, numerosos ejemplos en el derecho comparado. Los mismos habrían servido al legislador como modelos a la hora de fijar el concepto y características de esta figura delictiva.

Como ya adelantamos, el delito de acoso español es prácticamente idéntico al delito de *stalking* alemán, y así lo han confirmado los expertos que estudiaron el Anteproyecto³⁸⁴.

La Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica 1/2015³⁸⁵, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dedica su apartado XXIX a justificar la inclusión en el mismo del delito de acoso, en base a las siguientes consideraciones:

«También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podrían 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,

³⁸⁴ Hemos de advertir que el delito de *stalking* no aparecía en la primera versión del Anteproyecto de reforma del Código Penal de julio de 2012; fue introducido en la redacción de octubre del mismo año. Sobre este tema, ver CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio", La Ley Penal, nº 121, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Ed. La Ley, del 1 de julio al 1 de agosto, 2016, p.4.

³⁸⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referenciada anteriormente.

llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento».

El legislador incluye en el Capítulo III del Título VI las coacciones, y dentro de él, introduce el nuevo delito de *stalking* como una variante de las coacciones, al no poder sancionar como una coacción, por no darse los elementos del tipo necesarios, a *quien persigue a alguien, pero no lleva a cabo otra conducta más allá del mero atosigamiento*.

Este comportamiento, que hasta ahora pudiera haber recibido un rechazo social, trasladado al ámbito penal quedaba sin reproche ni tipificación exacta.

Con carácter previo a la inclusión en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de esta figura delictiva, el legislador confecciona el texto y lo remite al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado y al Consejo de Estado, a fin de que realicen el análisis oportuno del tipo delictivo. Dichos órganos informaron a favor del mismo, si bien realizaron algunas precisiones³⁸⁶.

El Consejo General del Poder Judicial informó positivamente sobre la inclusión de este delito en el Anteproyecto, aludiendo además a su ya larga trayectoria en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Dinamarca, Austria y Alemania.

Apunta el Informe del Consejo General del Poder Judicial que el posible encauzamiento de este comportamiento a través de la sanción del concreto o de los concretos actos en los que consiste el acecho (amenazas, coacciones, quebrantamiento de prohibición de acercamiento, maltrato psicológico u otros delitos tradicionales) no ofrecía una respuesta satisfactoria.

Y es que en muchas ocasiones la pluralidad de actos en el que consiste el acecho no colman la acción típica de las amenazas o de las coacciones, por no existir,

³⁸⁶ Seguimos en este apartado a ALONSO DE ESCAMILLA, A., "El delito de *stalking* como nueva forma de acoso", *op. cit.* pp. 1-9; MAGRO SERVET, V., "El delito de *stalking* o acoso en la violencia de género en la reforma del Código Penal", *op. cit.*, VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p. 5-44 y MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Novedades en los delitos de amenazas y coacciones según el Anteproyecto de reforma del Código Penal", *Diario La Ley*, nº 8080, Sección Doctrina, 10 de mayo de 2013, Año XXXIV.

respectivamente, un anuncio explícito de la intención de causar un daño o el empleo de violencia para coartar la voluntad de la víctima, como dice el párrafo último del apartado XXV de la EM³⁸⁷.

En este sentido el Consejo cita la STS 214/2011 que señala: *“Si la llamada violencia moral se considera apta como medio comisivo de la coacción, lo es en cuanto la advertencia de un mal inminente provoca un estado de temor o miedo incompatible con la libertad de elegir el comportamiento propio. De esta manera su condición de violencia moral lo es en el sentido que esta última palabra tiene para designar lo que es contrapuesto a lo físico, sin relación con lo moral en el sentido ético de la palabra. Es de esencia a la violencia moral típica que exista el anuncio o la advertencia de un mal como perjuicio inminente y la causación de miedo o temor en su destinatario. Estas exigencias no se dan en realidad cuando el sujeto activo advierte que se causará a sí mismo la muerte, suicidándose.*

Advertencia que por referirse a un mal propio, es decir sobre el mismo sujeto que lo anuncia, no es adecuada para causar miedo o temor al mal anunciado - salvo en sentido figurado- sino sólo sentimientos de compasión, pena o lástima por el mal ajeno, influyendo a través de ellos sobre las decisiones libres.

Ejercer influencia mayor o menor en la decisión del tercero no supone limitar propiamente su libertad de decidir, en el sentido que el tipo de la coacción exige”³⁸⁸.

Concluye el Consejo resaltando la necesidad de insistencia y reiteración en los hechos descritos en la conducta típica, lo que permitirá una valoración conjunta del patrón conductual en un determinado lapso de tiempo. Y para resultar punibles, la intromisión ilegítima en que consisten deberá, además, producir un determinado resultado: alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Exigencia que resulta adecuada al principio de subsidiaridad del Derecho Penal.

³⁸⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, sobre *Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, p. 167-168.

³⁸⁸ Sentencia n.º 214/2011 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 3 de marzo de 2011, siendo Ponente D. PREGO DE OLIVER TOLIVAR, A.

La Fiscalía General del Estado entiende adecuado incluir el tipo delictivo de acoso en el Código Penal. Y lo hace en su Memoria de 2014, ya en la fase de Anteproyecto de la reforma del Código Penal.

Entiende la Fiscalía, en consonancia con lo expuesto por en Consejo General del Poder Judicial, que este nuevo delito estaba destinado a ofrecer respuestas a conductas de indudable trascendencia que, en muchas ocasiones, no eran susceptibles de calificarse como delitos de coacciones o de amenazas, por falta de alguno de los requisitos exigidos para ello por los correspondientes tipos penales³⁸⁹.

No obstante, realizó una serie de precisiones sobre el mismo:

a) Propuesta de supresión del texto del requisito «sin estar legítimamente autorizado», pues el acoso nunca podría estar respaldado por el ordenamiento jurídico. Al respecto, cabe decir que tal previsión se recoge igualmente en el delito de coacciones (Artículo 172 CP), debiendo tenerse en cuenta la interpretación que doctrina y jurisprudencia han venido dando a su significado. Por otro lado, recordar que tanto el Código Penal alemán (parágrafo 238) como el austriaco (parágrafo 107a) recogen dicho requisito.

b) Censura del uso del verbo «acechar», proponiendo en su lugar referirse a quien «vigile, persiga o busque su cercanía física», objeción que tuvo en cuenta la última redacción dada por el Anteproyecto y ahora mantiene también el texto de la ley.

Por su parte, **el Consejo de Estado** estudió el Anteproyecto y sugirió la necesidad de dar una nueva redacción a la expresión «sin estar legítimamente autorizado», expresión que, en su opinión, parece dar a entender que existiría algún acoso legítimo, cuando lo único que podría resultar legitimado, en su caso, sería alguna conducta concreta (por ejemplo, la realizada por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el supuesto de llevar a cabo actos de vigilancia o persecución a fin de investigar la comisión de hechos delictivos).

El informe del Consejo de Estado no pone objeción al conjunto de conductas

³⁸⁹ Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2014, p. 743.

enumeradas en el precepto, aunque no entiende justificado el por qué se incluyen esas conductas y se excluye otras como, por ejemplo, la de atentar contra la salud y la vida.

Además, a juicio del Consejo de Estado, el último de los comportamientos reseñados en el tipo delictivo del Anteproyecto (que se realice cualquier otra "*conducta análoga a las anteriores*") no resultaba adecuado pues, aunque debía reconocerse la dificultad de establecer una serie de acciones detalladas o exhaustivas, sin embargo la redacción del Anteproyecto podría generar cierta inseguridad jurídica por la ambigüedad de la interpretación que se pueda hacer de la "conducta análoga", lo que quebraría lo dispuesto en el propio artículo 25 de la Constitución, que prevé que nadie pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse, no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento³⁹⁰.

* * *

Como corolario de lo anterior, se aprecia una valoración positiva global por parte de las supremas instituciones del derecho sobre la incursión del delito de acoso en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Aceptado por tanto de manera generalizada esta premisa, las críticas más evidentes se centraron en la inclusión del término "*sin estar legítimamente autorizado*", y sobre las *conductas análogas*, que propugnaba el precepto original.

Respecto de la primera de las objeciones, el término ***sin estar legítimamente autorizado***, finalmente sí ha sido incorporado a nuestro Código Penal, como tendremos oportunidad de estudiar en el apartado dedicado a la conducta típica. Pero aún después de su entrada en vigor, la cuestión sobre la pertinencia de este apartado como parte del artículo de acoso no es pacífica.

Entendemos que la mención a la falta de legitimación en la conducta propia de

³⁹⁰ Dictamen del Consejo de Estado, sobre *Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, aprobado el 27 de junio de 2013, Ref. 358/2013.

acoso es pertinente. Sin perjuicio de lo que expondremos en apartados posteriores, al desarrollar el contenido del artículo 172 ter, hemos de puntualizar que las modalidades de conducta que configuran el delito de hostigamiento guardan, en ocasiones, semejanza *formal* con comportamientos que pudieran desarrollar los y las profesionales (por ejemplo de la policía) en el ejercicio de sus funciones.

Perseguir, vigilar a alguien, buscar la cercanía de una persona aun no queriendo ésta, son actos desarrollados en el día a día de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que la expresión “falta de legitimación” debe ser expresamente tomada en cuenta para diferenciar el delito de acoso del consistente en una situación molesta en la que los investigadores, por ejemplo, vigilan a un sujeto sospechoso, de manera que éste no tenga la oportunidad de denunciar a los agentes por la comisión de un delito de *stalking*.

Nuestro país no es el único que ha incluido esta previsión en la configuración de la conducta típica de *stalking*. Tal previsión ya se introdujo en el Código Penal californiano, en su artículo 646,e), en el Código penal de Canadá (artículo 264), en el ordenamiento penal holandés (artículo 285b), o en el alemán (parágrafo 238 StCG).

Otros ordenamientos jurídicos, no contemplan la expresión “falta de autorización” como tal, pero sí definen una serie de situaciones en las que el delito no será punible: i) el realizado con el objeto de prevenir o evitar un delito; ii) el realizado al amparo de la ley o para cumplir con cualquier condición o requerimiento impuesto por una persona con derecho a ello, o iii) que en las concretas circunstancias el ejercicio de dicho discurso de conducta fuera razonable. Tal es el caso de Reino unido, y en su misma línea que éste, Escocia e Irlanda.

Malta tampoco recoge en su articulado una mención expresa a la falta de legitimación para la comisión de tales conductas, sin embargo, exige, para lograr la tipificación de la conducta, que el autor sea consciente de lo que implica el acoso, por lo que entendemos que no la existencia de delito sería discutible en el caso en que el sujeto que realiza los actos de persecución, por ejemplo, se encontrara desarrollando su

función profesional, y no asociara su conducta con un acto delictivo de persecución acosadora.

Podemos concluir, de esta manera, que el requisito de falta de legitimación para configurar como delito comportamientos de esta naturaleza, es exigido en la mayoría de los estados con regulación concreta sobre el delito de hostigamiento.

Respecto de la segunda cuestión observada, relativa a **conductas análogas**, que configuraba el tipo delictivo en la redacción original del precepto, finalmente se optó por no incluirla. El legislador se encontró con una oposición frontal sobre la posibilidad de incluir tal término en el tipo delictivo, lo que le llevó a eliminar esta modalidad de la redacción final del tipo. Pocos son los ordenamientos del derecho comparado que han optado por incluir esta cláusula en su articulado penal, dado el alto nivel de inseguridad jurídica que crea la inclusión de esta figura como elemento delimitador de un comportamiento constitutivo de delito. Alemania lo incluye en el artículo 238 StGB, sin que exista otro ordenamiento que haga expresa alusión a “conductas análogas”.

1.3.- Posiciones doctrinales sobre el concepto y la tipificación del delito de *stalking*

1.3.1.- Doctrina fuera de nuestras fronteras

Lejos de ser un concepto puramente jurídico, el *stalking* es un delito cuya formación y regulación ha venido respaldado por estudios y definiciones científicas más próximos a la psicología o psiquiatría que a la comunidad jurídica. Estas disciplinas venían estudiando lo que hoy conocemos como *stalking* desde años antes que los países comenzaran a pensar en tales conductas como delitos.

Junto a análisis doctrinales que afectaban a sectores de distinta naturaleza, tales como psiquiatría, psicología o derecho, existen exámenes empíricos sobre el comportamiento calificable como *hostigamiento, acoso o stalking*. Pero, a pesar de tratarse de conductas que vienen desarrollándose desde hace décadas, los estudios empíricos sobre las conductas que hoy calificaríamos de *stalking* no son muy numerosos.

Ya hemos hecho mención a los análisis realizados en Estados Unidos, que fueron los primeros en dar forma jurídica a este problema y encauzarlo hacia conductas delictivas y su tipificación³⁹¹.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar en páginas anteriores, VILLACAMPA ESTRIARTE estudia las definiciones doctrinales que surgen en la comunidad científica en torno al concepto de *stalking*. Dichas definiciones, como decimos, no quedan circunscritas al ámbito puramente jurídico, sino que ofrecen un recorrido amplio por otras disciplinas científicas³⁹².

1.- **MELOY y GOTHARD** definieron este fenómeno, al que denominaron persecución obsesiva (*obsessional following*), como “patrón de amenaza o acoso anormal o de larga duración dirigida específicamente a un individuo”. Dicho modelo o patrón de amenaza o acoso fue concretado por estos mismos autores como “más de un acto manifiesto de persecución no querida por la víctima que es percibida por ésta como acosante”³⁹³.

Esta definición destaca la repetición en la conducta del sujeto, el mantenimiento de la conducta en el tiempo, y el rechazo por parte del receptor de esta conducta.

2.- **KAMPHUIS y EMMELKAMP**, por su parte, estudian el concepto de *stalking* desde un punto de vista clínico, si bien a través de dicho estudio configuran el concepto y naturaleza del tipo delictivo.

³⁹¹ En cualquier caso, no podemos decir que no existan estudios empíricos en la materia; de hecho, algunos de ellos han contribuido a conceptualizar el fenómeno de *stalking*; en concreto, la *National Violence Against Women (NVAW) Survey* realiza entre noviembre de 1995 y Mayo de 1996 un estudio sobre una muestra de 16.000 personas. De acuerdo con el Código Modelo *anti-stalking* para los Estados, el *stalking* se define en esta encuesta como “un patrón de conducta dirigido a una persona específica que incluye proximidad física o visual respecto de la víctima, comunicación no consentida, o amenaza verbal escrita o implícita, o una combinación de ellas, que es susceptible de provocar miedo a una persona razonable”.

³⁹² Las referencias a los autores extranjeros de este punto se han obtenido a partir del trabajo de la autora VILLACAMPA ESTRIARTE, en su obra VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 14-19.

³⁹³ MELOY/GOTHARD, “A demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders”, en *American Journal of Psychiatry*, 1995, 152, pp. 259, citado por VILLACAMPA ESTRIARTE, C., *íbid.*, p. 15.

Reconocen dichos autores que no existe un consenso sobre la definición exacta del acecho, y que la mayor parte del desacuerdo parece centrarse en el grado de énfasis en la medida en que el acecho evoca una sensación subjetiva de amenaza a la víctima.

Indican igualmente que en general, las diversas definiciones tienen los siguientes elementos en común: a) un patrón de comportamiento intrusivo, similar al acoso; b) una amenaza implícita o explícita que emana del patrón de comportamiento; y c) considerable miedo real que experimenta la víctima como resultado³⁹⁴.

3.- **PATHÉ y MULLEN** definen el *stalking* como “una constelación de comportamientos en los que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones”³⁹⁵.

Dichos autores identifican la intrusión con el hecho de perseguir, merodear, vigilar, aproximarse y comunicarse con la víctima, a través de cartas, llamadas telefónicas o *e-mails*, o efectuar pintadas o notas en el coche de la víctima. Llamam además la atención acerca de la posibilidad de que las conductas de *stalking* puedan tener otras actividades asociadas, tales como encargar bienes o servicios a nombre de la víctima, allanar su propiedad, efectuar falsas acusaciones o formular amenazas, ya sea directamente a la víctima o a través de familiares y allegados.

Estas actuaciones pueden conllevar agresiones físicas y sexuales.

Dichos autores formulan una definición que se acerca a la redacción actual del artículo 172 ter de nuestro Código, y que se sustenta sobre la base de la realización por parte del *stalker* de actos observables, perceptibles por los sentidos, caracterizando así el curso de conducta no deseado por la víctima, aunque sin determinar un concreto

³⁹⁴ KAMPHUIS, J. H. / EMMELKAMP, P.M.G. “Stalking — a contemporary challenge for forensic and clinical psychiatry”, en *American Journal of Psychiatry*, march, 2000, 176 (3), pp. 206-207 citando a MELOY/GOTHARD, *op. cit.*, p.258.

³⁹⁵ PATHÉ/MULLEN, “The impact of stalkers on their victims”, en *British Journal of Psychiatry*, 1997, 174, p. 12, citado por VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 15.

número de ocasiones en que dichas intromisiones deban producirse.

Precisamente estos mismos, sin embargo, concretan en una publicación posterior³⁹⁶ la necesidad de que *la conducta deba consistir, cuanto menos, en diez intrusiones o comunicaciones no deseadas en un período de al menos cuatro semanas.*

Según ellos, el *stalking* viene constituido por aquel conjunto de actos reiterados, considerados intrusivos, que crean aprensión y que pueden ser considerados por un ciudadano razonable como fundamento para padecer miedo³⁹⁷.

4.- **WESTRUP** propone como definición del *stalking* la siguiente: *“un comportamiento o un conjunto de ellos que a) se dirigen repetitivamente contra un individuo concreto (el objetivo); b) son experimentados por éste como intrusivos y no deseados; y c) se considera que pueden causar miedo o preocupación en la víctima”*³⁹⁸.

Con la referida conceptualización, WESTRUP pretende caracterizar el comportamiento sobre la base de criterios, a imagen y semejanza de la metodología empleada en el DSM IV en punto al diagnóstico³⁹⁹.

Con su definición hace hincapié en las distintas posibilidades de externalización de la conducta (un comportamiento o un conjunto de éstos), dejando abiertas las formas de acción. Incide igualmente en el rechazo del perceptor de estos comportamientos, que lo siente como intrusivo, y en que dichas conductas tengan la entidad suficiente como para causar miedo o preocupación a la víctima.

³⁹⁶ MULLEN/PATHÉ/PURCELL/STUART, “A study of stalkers”, en *American Journal of Psychiatry*, 1999, 156, p. 244, citado por VILLACAMPA ESTRIARTE, C., *Íbid.*, p. 16.

³⁹⁷ MULLEN/PATHÉ/PURCELL, *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 9-10, citado por VILLACAMPA ESTRIARTE, C., *Íbid.*, p. 16.

³⁹⁸ WESTRUP, D. “Applying Functional Analysis to Stalking Behavior”, Chapter 14, en MELOY, J. R. (Ed.), *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, Ed. Elsevier, London, 1998, pp. 276-277; WESTRUP/FREMOUW, “Stalking behavior: a literature review and suggested functional analytic assessment technology”, en *Aggression and Violent Behavior*, 1998, 3, p. 255, citado por VILLACAMPA ESTRIARTE, C., *Íbid.*, p. 16.

³⁹⁹ El *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (en inglés *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM*) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (en inglés American Psychiatric Association o APA) contiene una clasificación de los trastornos mentales y proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos y los investigadores de las ciencias de la salud puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos mentales. La edición vigente es la quinta, DSM-5, publicada el 18 de mayo de 2013.

4.- **FINCH** no difiere en lo esencial de lo dicho por el anterior autor, entendiendo el acecho como *violación psicológica*, del que se toma conciencia política y social a partir de los años noventa⁴⁰⁰.

Si bien esta autora no propone exactamente una definición del fenómeno propiamente dicho, sí indica cuáles son los elementos caracterizadores de este tipo de comportamiento. En este sentido, se refiere al *stalking* como una *conducta reiterada, no querida o bienvenida por el objetivo, que provoca en la víctima reacciones tales como enfado, ansiedad o distress*.

FINCH disiente respecto de otros autores en la reacción provocada a la víctima: mientras que según WESTRUP el acto de *stalking* tiene el potencial de causar miedo o preocupación (no exige que estas reacciones se hayan producido), en el concepto de FINCH se requiere que dicha conducta haya causado, efectivamente, reacciones de enfado, ansiedad o estrés, lo que podría suponer la aparición de un problema concursal, cuando el delito de *stalking* causa lesiones psicológicas en la víctima.

5.- **ROYAKKERS** pertenece a un sector de la doctrina que ha incorporado la intención del *stalker* a la conceptualización de la figura delictiva, si bien la postura mantenida por éste y otros autores no es la mayoritaria. Prueba de ello es que el derecho comparado no comprende en su articulado la intención del sujeto activo a la hora de calificar el delito.

En este sentido, ROYAKKERS indica que la definición del *stalking* debería precisar que la víctima haya sido expuesta a actos de acoso llevados a cabo por el ofensor en un período de al menos seis meses y con una frecuencia de cuanto menos dos veces a la semana, proponiendo asimismo la clasificación de los posibles actos de acoso en ocho

⁴⁰⁰ El *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (en inglés *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM*) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (en inglés *American Psychiatric Association* o APA) contiene una clasificación de los trastornos mentales y proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos y los investigadores de las ciencias de la salud puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos mentales. La edición vigente es la quinta, DSM-5, publicada el 18 de mayo de 2013.

categorías⁴⁰¹.

En concreto, el trabajo incluye como categorías las siguientes: la amenaza (por ejemplo a través del envío de cartas amenazantes, amenazas a los familiares o amigos de la víctima), la violencia (mediante el asalto, colisiones deliberadas, rotura de ventanas, etc.), terror telefónico (conductas como controlar a la víctima a través del teléfono o llamar por la noche), encargos/*mail* (cartas de amor, envío de mercancías no demandadas por la víctima), persecución/control (persiguiendo a la víctima en el exterior, merodear por los alrededores de su casa de noche, controlar su basura), difamación (a través de denuncias falsas, o del cotilleo), irrumpir en la casa o en el coche o finalmente sustraer bienes a la víctima⁴⁰².

Tal y como apunta VILLACAMPA ESTRIARTE, a la cual estamos siguiendo en el esquema de este estudio, lo más característico de la propuesta de ROYAKKERS consiste justamente en identificar la esencia del *stalking* con la irrupción en la vida de la víctima concurriendo una motivación de carácter afectivo e incluso sexual.

ROYAKKERS entiende que podemos percibir el acecho desde tres puntos de vista: a) como objetivable sustantivamente; b) desde el punto de vista del comportamiento del acosador o *stalker*; y c) desde el punto de vista de las consecuencias sufridas por la víctima.

El primer punto de vista, entiende ROYAKKERS, no es apropiado porque el acoso es un fenómeno que es difícil de determinar de manera objetiva, sin que exista un instrumento con el que dicha conducta se puede medir de forma exacta. El pretender hacerlo podría llevarnos a alcanzar un cierto nivel de intersubjetividad.

La segunda perspectiva únicamente funcionará si el acosador tiene la intención de acechar; si la víctima no experimenta los actos de acoso, entonces el acosador no

⁴⁰¹ ROYAKKERS, "The Dutch approach to stalking Laws", en *California Criminal Law Review*, Volume 3, october 2000, p. 4, citado por VILLACAMPA ESTRIARTE, C., *Íbid.*, p. 17.

⁴⁰² *Íbid.*, p. 4. Debemos adelantar que estas conductas quedan recogidas en nuestro actual delito de acoso o vigilancia, salvo la que cause amenazas o violencia, lo que nos llevaría a un problema concursal.

tendrá poder sobre la víctima, sin que quepa hablar del componente "*en contra de su voluntad*".

Por otro lado, sería cuestionable si el acosador, siendo incluso conscientes de su comportamiento, admitirá su intención de acechar.

ROYAKKERS opta por concebir la tercera opción como la más adecuada a la hora de valorar el comportamiento de *stalking*, y ello por entender que la conducta de acoso repercute directamente sobre la víctima: el estrés, el miedo, la reducción de la capacidad de trabajo, el aislamiento, etc., son consecuencias de la acción ejercitada sobre el sujeto pasivo.

Afirma este autor que, para poder hacer frente a las consecuencias de acecho, deberemos abrazar la perspectiva subjetiva. Se deberá probar así que las actuaciones ejercitadas sobre la víctima podrían ser constitutivas de acoso, lo que imprime un cierto toque objetivo, aun siendo el subjetivo el principal elemento confirmador del tipo, a juicio de este autor.

En tal sentido, ROYAKKERS propone conceptualizar el *stalking* como "*una forma de agresión mental, en la que el autor irrumpe de manera repetida, no deseada y perjudicial en la vida de una víctima con la que no tiene –o ya no tiene– relación alguna, con una motivación que tiene que ver directa o indirectamente con la esfera afectiva*", y diferencia los siguientes componentes de la definición:

a) La necesaria reiteración, que identifica con un conjunto de acciones llevadas a cabo con cierta regularidad en el tiempo.

b) La ausencia de anuencia de la víctima, que de manera explícita o implícita advierte al autor que no recibe gustosamente sus atenciones.

c) El carácter perjudicial de la conducta, no solo el percibido por la víctima, sino también en alusión a cómo sería sentida por una persona razonable en su misma situación.

d) El implicar la irrupción en la vida de la víctima, que lo identifica con una vulneración de la vida privada de la víctima.

e) Ausencia de relación actual entre autor y víctima, sin que sea necesaria la

existencia de una relación afectuosa previa entre las partes.

f) Motivación del autor, en relación con la esfera afectiva e incluso libidinosa, identificando los motivos del *stalker* como amorosos o sexuales aun en supuestos en los que jamás ha habido relación entre autor y víctima.

* * *

Vistas las posturas acerca del concepto de *stalking*, no podemos sino observar que, si bien mantienen diferencias en su contenido, plantean interesantes paralelismos sobre determinados conceptos que todas ellas contemplan en sus definiciones.

Los elementos comunes que podemos destacar de las posturas doctrinales son los siguientes:

a) Una serie de conductas por parte del sujeto activo, repetitivas, la cual no sea concebida como un acto reiterativo o insistente sin más, sino que penetre en la esfera de un **patrón de conducta insidioso y disruptivo**.

Respecto a esta premisa existe diferencia doctrinal entre el número de actos requeridos para considerar la conducta como típica; así, MELOY y GOTHARD entienden que es requerido más de un acto, mientras que autores como ROYAKKERS proponen que la víctima haya sido expuesta a actos de acoso llevados a cabo por el ofensor en un período de al menos seis meses y con una frecuencia de cuanto menos dos veces a la semana.

b) Hay conformidad en la doctrina en que la propia descripción del tipo delictivo abarca una disparidad de comportamientos en sí mismo. Reconocida esta diversidad, no existe concordancia en la naturaleza de tales acciones (envío reiterado de regalos, llamadas telefónicas –terror telefónico–, persecuciones, merodeos, envíos reiterados de *e-mails* o cartas, demanda de mercancías a nombre de la víctima, difamación, allanamientos e incluso agresiones), tratándose además, en ocasiones, de conductas

socialmente aceptadas, en caso de ser singular o aisladamente consideradas.

c) Tales conductas no deben contar con el consentimiento de la víctima. En este supuesto, la totalidad de la doctrina se muestra de acuerdo sin más matizaciones, tal vez, que la manera de demostrar esta negativa (si es necesaria una oposición formal y expresa, o si basta la negativa tácita). En cualquier caso, para apreciar este delito, debe existir ausencia de consentimiento del sujeto pasivo o realización de la actividad al margen de su voluntad.

Pero más allá de los anteriores elementos comunes, existen otros diferenciadores, que mueven a la doctrina a posicionarse en distintos niveles:

i) Claro es el ejemplo de la introducción o no en el tipo delictivo de elementos que, *per se*, *podieran* ser constitutivos de delito, como el caso de las conductas amenazantes hacia la víctima o allegados que describe ROYAKKERS, y que otros autores dejan fueran de sus definiciones.

ii) La necesidad de que las conductas realizadas por el acosador o *stalker* interrumpen de manera significativa la rutina de la víctima; hecho necesario en autores como ROYAKKERS o incluido en nuestro propio texto legal, y que sin embargo no es recogida en otras posturas doctrinales.

iii) Necesidad o no de crear un clima de miedo y temor hacia la víctima, o de provocarle estrés o ansiedad, que recogen autores como FINCH. Los autores se muestran divididos sobre si requerir que la conducta cause este efecto en la víctima para tipificar la misma, o por el contrario actuar de manera independiente sobre la voluntad de ésta. La divergencia se aprecia en relación con si la producción de temor debe predicarse partiendo de un patrón subjetivo, esto es, en atención a la concreta víctima, o debe establecerse según el efecto que ésta tendría según un patrón objetivo, esto es, el del hombre medio colocado en la situación de la víctima o el del ciudadano razonable, como prefiera denominarse a dicho patrón.

iv) La mayor parte de los autores no conciben la actitud del *stalker* como relevante para calificar los hechos delictivos, pero algunos autores, como ROYAKKERS sí

lo tienen en cuenta a la hora de estudiar el tipo delictivo.

v) De la misma forma, autores como el anterior encuentran en la motivación del autor, en relación con la esfera afectiva e incluso libidinosa, un elemento de calificación y tipificación de la conducta de *stalking*.

A lo largo de la exposición del presente trabajo tendremos oportunidad de analizar cada uno de los supuestos contemplados en el artículo 172 ter, y de relacionarlos con las posturas jurisprudenciales y doctrinales, así como con el derecho comparado. De lo referido hasta hora, debemos destacar la coherencia doctrinal existente en la configuración del tipo de acoso u hostigamiento, toda vez que los autores antes examinados, aunque distan entre ellos sobre elementos configuradores de la figura típica del *stalking*, lo cierto es que presentan entre sí semejanzas fundamentales que permiten avanzar sobre seguro en la descripción de un concepto general de este tipo; la repetición de conductas, el mantenimiento de las mismas en el tiempo, la situación acosadora, amenazante causada a la víctima, no pretendida por ella, contribuyen a sentar unas bases sobre las que crecerá la identidad del concepto, penetrando en la esfera jurídica e introduciéndose en los distintos ordenamientos jurídicos reguladores de esta materia.

1.3.2.- Aportaciones doctrinales en el derecho español

Debemos comenzar la exposición reconociendo que la incorporación de este delito ha sido muy criticado por el conjunto de la doctrina⁴⁰³. Varios autores sostienen que estas conductas de acoso personal no dejan de ser actividades y actitudes cotidianas inocuas por sí solas y que, por tanto, no llegan a superar el umbral mínimo de relevancia penal para fundamentar su criminalización⁴⁰⁴. Ni siquiera la exigencia de que tales

⁴⁰³ Así lo apunta ALONSO DE ESCAMILLA, A., op. cit., p. 1-9; BAUCCELLS LLADOS, J. “*Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento*”, en: *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, obra dirigida por A. Pérez, Salamanca 2014; y MATALLIN EVANGELIO, A., “*Delito de acoso (artículo 172 ter)*”, en: *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, op. cit, ep. 28.

⁴⁰⁴ MATALLIN EVANGELIO, A., “*Delito de acoso (artículo 172 ter)*”, en: *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, op. cit, habla de la “*criminalización de la molestia*”, p.576.

comportamientos sean idóneos para “*alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*” como exige el Artículo 172 ter CP, sería suficiente para respetar el principio de intervención mínima.

También argumentan que, aislando aquellas situaciones de acoso que no pudieran ser resueltas por otros procedimientos distintos a la jurisdicción penal, existen diversos delitos a los que cabría reconducir buena parte de las situaciones como las descritas en el citado Artículo 172 ter del Código Penal. Entre ellos, encontramos los de coacción, amenaza, injurias y/o trato degradante. Aunque estos mismos autores también reconocen la dificultad formal que presentan estas figuras en casos particulares, ya que estos comportamientos de hostigamiento no siempre implican el uso de la violencia para mermar la libertad de obrar (coacción), el anuncio de un mal (amenaza), la expresión de una ofensa para el honor de la víctima (injuria) ni un ataque para su integridad moral (trato degradante). Otro tanto cabe afirmar cuando no exista relación laboral (acoso laboral) y/o finalidad sexual (acoso sexual o acoso sexual sobre menores de 16 años a través de internet o medios similares).

Existen opiniones favorables a considerar que el afloramiento del acoso o *stalking* como problema tiene que ver con magnificaciones del mismo suscitada por los medios de comunicación, que conectan con la producción de pánico moral⁴⁰⁵. Según tal posición, la generación de la necesidad de incriminación conductual creada radica en la preocupación social del fenómeno, que se percibe irracionalmente como excepcionalmente peligroso para el bienestar colectivo, siendo que tal percepción ha venido en parte suscitada por la distorsión informativa sobre el particular provocada por los medios de comunicación social.

A lo anterior se unen otras razones técnico-jurídicas que descartan la

⁴⁰⁵ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, op. cit., p. 11, citando a KAMIR, *Every Breath you Take. Stalking Narratives and the Law*, The University of Michigan Press, 2004, pp. 5 y ss.; NICOL, *Stalking*, Reaktion Books, London, 2006, pp. 45 y ss.; HOFFMANN, *Stalking*, Springer, Heidelberg, 2006, pp. 19 y ss.

conveniencia de contar un delito específico de estas características en nuestro texto punitivo. Por ejemplo, la ausencia de estudios empíricos que evidencien la necesidad de incorporarlo al Código Penal; la conveniencia de reconducirlo al delito de amenazas y, sobre todo, al de coacciones (modificando o adaptando su formulación actual o, al menos, asumiendo la interpretación jurisprudencial que se viene haciendo sobre la “violencia” exigida en el tipo); las dificultades probatorias que acarrea y la expansión injustificada del derecho penal, entre otras.

En el otro lado de la balanza se encuentran quienes –aun entendiendo en ocasiones criticable la incorporación de este delito al Código Penal- identifican ventajas en la decisión adoptada, en la línea de lo expuesto por el Informe del Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado y Consejo Fiscal.

VILLACAMPA se postula a favor de la introducción de este tipo delictivo en nuestro ordenamiento penal, entendiendo que *la inclusión del delito de acoso en el Código Penal español, además de resultar adecuada atendiendo a consideraciones de merecimiento de pena y eventualmente por razones de necesidad de pena –en caso de que se constatare empíricamente que el fenómeno tiene magnitud bastante como para afectar sustancialmente a la convivencia social mediante el correspondiente análisis empírico–, viene apuntada ya por disposiciones internacionales a cuyo cumplimiento se compromete nuestro país*⁴⁰⁶.

Incide esta autora en las dudas sobre la forma concreta en que el tipo del delito se describe y, en mayor medida, si se considera el *stalking* como una especie del género de acoso, teniendo en cuenta que en nuestro Código Penal se hallan ya tipificadas otras manifestaciones de esta naturaleza⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁰⁷ *Íbid.*, p.40: “La primera de estas manifestaciones, cuanto menos por el nombre, aunque no requiera de la reiteración de conductas, es el acoso sexual del Artículo 184 CP. A ésta se suman desde la reforma de 2010, como se sabe, las tipicidades referidas al acoso laboral e inmobiliario entre los delitos contra la integridad moral –Artículo 173.1, pfos 2º y 3º CP–, así como la incriminación expresa del acoso inmobiliario en el Artículo 172.1, pfo. 3º CP, parificado en pena a las coacciones cualificadas que tienen por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental”.

MAGRO SERVET recuerda que nos encontramos ante conductas que pueden iniciarse como como una simple o mera molestia, pero que finalmente son capaces de desembocar en la muerte de la víctima del inicial acoso cuando esta no atiende a las peticiones del acosador. El autor, puede que no se contente con un «no» de la víctima de acceder a sus peticiones, e insista y persista en su conducta, quizás pensando que esta cejará en su oposición y aceptará las pretensiones del acosador de verla y poder estar con ella. El acosador no acepta el «no» como respuesta, por lo que en un porcentaje elevadísimo de los casos va a exigir la intervención policial y judicial para poner fin a estas conductas⁴⁰⁸.

Por ello entiende precisa la tipificación de estos hechos en el Código Penal, a fin de lograr que las víctimas que se sienten acosadas puedan tener las herramientas jurídicas suficientes para poder, actuar contra estos comportamientos invasivos a su libertad.

Por su parte, PUJOLS PÉREZ es favorable a la inclusión de este delito en nuestra ordenación, haciendo hincapié en la probada incapacidad de los tipos penales existentes para dar una respuesta penal satisfactoria a estos hechos delictivos. Si bien, entiende necesaria la realización de estudios empíricos enfocados a determinar la prevalencia de la victimización por *stalking* que justifiquen la inclusión de este tipo delictivo. Recuerda esta autora que *no podemos olvidar que el Estado Español se encuentra vinculado al cumplimiento del compromiso supraestatal adquirido mediante la firma del Convenio de Estambul, que lo obliga a prever la sanción de estas conductas y que, en síntesis, reduce su margen de maniobra a la posibilidad de imposición de sanciones penales o no penales al respecto*⁴⁰⁹.

En el mismo sentido se pronuncian GARCÍA GONZÁLEZ Y ESTEVE MALLENT, los

⁴⁰⁸ MAGRO SERVET, V., “El delito de stalking o acoso en la violencia de género en la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, p.2.

⁴⁰⁹ PUJOLS PÉREZ, S., “Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de stalking: problemática suscitada”, *Revista General del Derecho penal*, nº 23, 2015, p.21.

cuales consideran, asimismo, que el delito estudiado encuentra su mayor justificación con la mención expresa que realiza el artículo sobre la consideración de las víctimas especialmente vulnerables y las enunciadas en el apartado 2 del artículo 173 (aquellas que lo sean de violencia de género y/o violencia doméstica o intrafamiliar).

Entienden estos autores que muchas de las conductas susceptibles de ser castigadas mediante el Artículo 172 ter del Código Penal podrán encontrar acomodo en figuras tradicionales del mismo, principalmente en las amenazas, coacciones, injurias y/o tratos degradantes –y ello aunque sea a través de las interpretaciones jurisprudenciales con las que el Tribunal Supremo ha forzado el tenor literal de esos preceptos.

Consideran, no obstante, que algunos de esos comportamientos se quedarían sin respuesta penal, por ser atípicos conforme a tales preceptos, sin que deban quedar impunes, por muy escasos que estos resulten en la práctica⁴¹⁰.

Los autores que se posicionan a favor de la inclusión del *stalking* como delito propio, aducen que el Artículo 172 ter CP permite solventar aquellos (pocos) supuestos de acoso que no pueden ser reconducidos a los delitos ya existentes y que, sin embargo, son de gran relevancia. Por ejemplo, algunos comportamientos realizados a través de internet (como el ‘escrache digital’⁴¹¹) o determinadas conductas recurrentes en el ámbito de la violencia de género (como el uso del nombre de la víctima en redes sociales ofreciendo servicios sexuales). De igual modo, se recuerda que la mayoría de códigos penales de nuestro entorno cultural (además de países pioneros en su inclusión, como Estados Unidos y Canadá) cuentan con normas similares a esta⁴¹².

1.3.3.- Toma de postura

Si realizamos una primera lectura de aproximación al artículo 172 ter, podemos

⁴¹⁰ Cf. GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., *La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español*, ep. 8, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, p. 329.

⁴¹¹ Analiza el escrache digital BUENO DE LA MATA, F. “Tratamiento procesal de los escraches a través de internet”, *La ley penal* 2014: 107; 5-19.

⁴¹² Ofrecen una postura favorable a la inclusión y enumeran datos sobre derecho comparado ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, *cit*, y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico penal frente al *stalking* en España: presente y futuro”, *ReCrim* 2010. Disponible online en <http://www.uv.es/recrim> en Recrim Valencia.

pensar que muchas de las conductas que se reflejan en el mismo pueden cometerse fuera de la esfera penal: buscar la mera cercanía de una persona no conlleva, *per se*, una conducta ilícita ni digna de reproche penal, aunque la misma pueda resultar molesta o incluso atente contra el derecho de imagen o intimidad, lo que podría llevarnos a una demanda civil.

En cualquier caso, y tal como recuerda MAGRO SERVET⁴¹³, no podemos olvidar que se trata de conductas que bien pueden acabar en un simple o mero acoso, o que pueden desembocar en el hostigamiento e incluso la muerte de la víctima del inicial acoso cuando esta no atiende a las peticiones del acosador.

Es cierto que los actos aislados que se proponen como una forma de acoso pudieran ser –individualmente considerados– acciones irrelevantes, cotidianas e incluso inocuas, como se ha expuesto anteriormente. También lo es que la víctima que pueda denunciar esta realidad pueda ser tenida por exagerada y/o sin capacidad de resistir la más mínima presión. Pero no debe olvidarse el contexto en que todo esto ocurre: esas acciones pueden ser mensajes cifrados entre víctima y agresor, de gran efecto sobre la primera y de nimio coste para el segundo. Todo ello acompañado de un incompleto diseño y/o adecuación de los tipos penales tradicionales (amenazas y coacciones, principalmente) para solventar esta problemática que, lógicamente, no encontraba respuesta penal alguna, ni siquiera ante los casos más relevantes.

De esta manera se pronuncian igualmente GARCÍA GONZÁLEZ Y ESTEVE MALLENT. Estos autores ponen de relieve que esos ataques a la libertad de las personas –en el contexto de la violencia de género y/o violencia doméstica– no pueden resultar impunes, precisamente, por ser en este ámbito donde los actos neutros, inocuos, socialmente aceptados de ser valorados aisladamente, como se decía antes, devienen un verdadero patrón de conducta insidioso y disruptivo que, casi con toda seguridad,

⁴¹³ MAGRO SERVET, V., “El delito de stalking o acoso en la violencia de género en la reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, nº 114, Sección Estudios, E. La Ley, mayo-junio de 2015.

solo sabrá interpretar la víctima, por cuanto son mensajes cifrados en un código íntimo, que ambos conocen por haber compartido vivencias de pareja, y que pueden causar la sensación de miedo o desasosiego que pretende el agresor⁴¹⁴.

A mayor abundamiento, hemos de señalar que el tenor literal del Artículo 172 ter CP exige para perseguir esos actos que nos encontremos ante una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima así como la necesaria denuncia de los hechos (salvo en los supuestos mencionados en el número 2 de este mismo artículo).

Como decíamos anteriormente, no existen estudios empíricos que demuestren la necesidad de introducir esta figura delictiva en el ordenamiento jurídico español, y en base al principio de intervención mínima que debe aplicarse a la norma penal, podríamos pensar en lo poco acertado de su inclusión en el Código Penal.

Sin embargo, en el tiempo que este tipo delictivo lleva en vigor, y a falta de estadísticas fiables que hagan acreditar este extremo, lo cierto es que los juzgados de violencia de género son los que están desarrollando un trato más directo con este tipo delictivo, lo que indica la relación entre el tipo delictivo que estamos estudiando con la violencia de género y la doméstica. En concreto, estos juzgados se toparon, desde el día 1 de julio de 2015⁴¹⁵, con denuncias presentadas que contaban entre su relato fáctico cómo el agresor se apostaba en la puerta de la vivienda de la víctima y, sin tener por qué decir nada, la observaba, la perseguía o la controlaba. Antes de esta fecha, decíamos, las denuncias con este contenido bien se archivaban de plano o tras una declaración de la víctima (al no ser los hechos constitutivos de delito), bien eran reconducida a otras disciplinas jurídicas, al no tener cabida en el Código Penal.

Los operadores jurídicos que se encontraban con este problema eran conscientes

⁴¹⁴ GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., “La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español”, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, p. 329.

⁴¹⁵ Fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015.

de la incomodidad y de la merma de tranquilidad y libertad que este comportamiento ocasionaba a las denunciadas o víctimas, pero también eran conscientes que, mientras la conducta no llevara aparejada otra con signo delictivo, nada podían hacer en el marco penal, debiendo reconocer que la libertad deambulatoria era un derecho fundamental que no podía ser frenado si no por causa fundamentada en derecho y en base a unos indicios razonables de delito, lo que hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2015 no era considerado como tal.

Hemos de puntualizar igualmente que hasta ahora la mera realización de la conducta de acoso en los casos de las exparejas no encontraba acomodo en los actuales tipos penales si el acosador no había recibido una orden de alejamiento por un delito de violencia de género previo, siendo en este caso perseguido por quebrantamiento de medida, orden o condena, según los casos. Y ello debido a que el acoso se refiere al acecho, vigilancia o persecución, conductas estas que pueden llegar a atemorizar a la víctima pero que hasta que no se han regulado en el Código Penal, no han podido quedar insertas en tipificación alguna.

Si atendemos a la redacción actual del tipo delictivo de acoso, podemos comprobar que esta no viene referido únicamente a las hecho, vigilancia o persecución, aunque sea este comportamiento el que tradicionalmente se asocia a este tipo delictivo. El resto de conductas descritas vienen referidas a la búsqueda de contacto, a utilizar los datos personales de la víctima para realizar encargos a su nombre o facilitar contacto de terceras personas con ella, o a alterar su libertad o su patrimonio, o la de personas cercanas a ella. En estos casos, antes de la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, la mayoría de estas conductas podían ser reconducidas a otros tipos delictivos, tales como delitos contra la propiedad, contra la libertad, o contra el patrimonio.

Compartimos la postura de MAGRO SERVET, y así lo hemos expuesto anteriormente, el cual entiende que esta es la razón por la que se hace precisa la tipificación de estos hechos en el Código Penal: es necesario para que las víctimas que

se sienten acosadas puedan tener las herramientas jurídicas suficientes para poder proteger su integridad, sin perjuicio de las consecuencias que la instrucción pueda conllevar, y que está determinada por los preceptos procesales y penales procedentes.

De esta manera, la presunta víctima podrá interesar la adopción de medidas cautelares de protección frente al acosador, ya sea por la vía del Artículo 544 bis, o Artículo 13 o por vía del Artículo 544 ter, todos ellos de la LECrim, cuando se trata de supuestos de violencia de género.

Mostramos igualmente conformidad plena con los puntos en común mantenidos por la doctrina en el derecho comparado, que ha influido en las posturas del derecho español; entendemos que la pluralidad de conductas, la diversidad de la naturaleza de las mismas y la falta de consentimiento de la víctima son elementos necesarios a fin de calificar la acción del *stalkers* como constitutiva del tipo delictivo.

No compartimos, sin embargo, la concepción mantenida por algunos autores a la hora de incluir delitos de otra naturaleza como propios del delito de *stalking*, como las amenazas o coacciones⁴¹⁶. A pesar de encontrarse regulado en el capítulo dedicado a las coacciones, y de guardar ciertas similitudes con éstas, el delito de acoso tiene naturaleza jurídica propia, y no participa de los requisitos de otros delitos, semejantes pero no idénticos a él. Por otro lado, no podemos obviar el punto 3 del artículo 172 ter el cual, *a priori* y sin perjuicio de lo que analicemos en un momento posterior, merece un juicio de valor positivo por nuestra parte. Y es que dicho apartado prevé la imposición de penas por el delito de acoso *sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*. Si bien este apartado no nos libra de problemas concursales que tendremos oportunidad de analizar, lo cierto es que el párrafo 3 dota al delito de acoso de mayor autonomía frente a posibles injerencias de otros tipos delictivos, logrando el respaldo adecuado para conseguir un marco jurídico

⁴¹⁶ En este sentido, ver ROYAKKERS, *op. cit.*, p. 1 y de manera implícita el trabajo de MELOY Y GOTHARD, *op. cit.*, p. 206.

propio.

Tampoco entendemos la existencia del posible temor causado en la víctima como un elemento diferenciador del delito de *stalking*, tal y como lo han entendido algunos autores⁴¹⁷, pues en caso de hacerlo, estaríamos vinculando la existencia de un delito y sus consecuencias jurídicas, a la “fortaleza” (o carencia de ella) que pudiera tener la víctima del mismo.

Entendemos acertada la postura expuesta en la redacción final del artículo 172 ter, que no incluye la existencia o causación de temor en la víctima, sino que ésta varíe sustancialmente (*gravemente*, en la dicción literal) su vida cotidiana a consecuencia de los actos causados por el *stalker*.

La actitud del acosador es un concepto que requiere una doble matización; por un lado, el delito de *stalking* precisará de un dolo directo o al menos eventual, que pasará necesariamente por una intención por parte del sujeto activo de causar mal en la víctima, en concreto de alterar la libertad y seguridad que se ve comprometida por el ejercicio de la conducta típica⁴¹⁸; ello implica necesariamente que el sujeto activo actúe siendo consciente de lo que está ejercitando en contra de los intereses de la víctima; cuanto menos, deberá entender que se encuentra cometiendo actos reiterados, insistentes y para los que no se encuentra legitimado.

Entendemos que no cabe aquí el delito por imprudencia, debiendo existir una voluntad de atentar contra los intereses de la víctima, aunque no sea necesaria una consciencia expresa por parte del autor de las consecuencias jurídicas que implican su comportamiento⁴¹⁹.

En cualquier caso, desde nuestro punto de vista la actitud concreta del autor en

⁴¹⁷ De esta opinión, ver WESTRUP, D., *op. cit.*, p. 276.

⁴¹⁸ Ver ROYAKKERS, *op. cit.*, p.3.

⁴¹⁹ Debemos recordar que el artículo 12 del Código Penal indica que “*las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley*”.

la realización de la conducta típica deberá valorarse en el trámite de prueba antes de definir las consecuencias penales de tal comportamiento.

En consecuencia con lo expuesto hasta ahora, debemos emitir un juicio favorable sobre la inclusión del delito de *stalking* en nuestro ordenamiento jurídico penal. Entendemos que esta figura viene a completar el marco penal, incluyendo comportamientos que, si bien afectaban a bienes jurídicos dignos de protección por el derecho penal, no quedaban protegidos por éste.

Es a raíz de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 cuando el derecho penal introduce esta figura en su ámbito legal, y lo hace siguiendo las directrices del derecho comparado, pero fundamentalmente los criterios de convenios internacionales en los que España ya es parte, como el firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011⁴²⁰, que prevé específicamente la inclusión de mecanismos que tiendan a castigar comportamientos constitutivos de lo que hoy conocemos como *stalking*, acoso u hostigamiento.

La certera –a nuestro entender– inclusión del tipo delictivo en nuestro ordenamiento no conlleva una aceptación global sobre el contenido y justificación de todos y cada uno de los apartados que lo conforman. A lo largo de los apartados siguientes examinaremos el contenido del artículo 172 ter y analizaremos las distintas modalidades comisivas de este precepto.

2.- Bien jurídico protegido

2.1.- Introducción

La configuración del objeto formal del delito de *stalking* presenta cierta dificultad en el derecho español.

⁴²⁰ *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, referenciado anteriormente.

Adelantamos que de manera mayoritaria la doctrina identifica la libertad como bien jurídico protegido. Sin embargo, no dejan de existir matices a esta afirmación, de igual manera que no son pocas las voces autorizadas que se postulan a favor de la inclusión de otros bienes dignos de protección en la figura delictiva que estudiamos.

La diferencia de criterio doctrinal, que veremos a continuación, está matizada por puntos que inciden sobre la conveniencia o no de la tipificación propia del delito o la relación del mismo con otros tipos delictivos, y que ya hemos visto expuestos anteriormente.

No obstante, entendemos conveniente hacer algunos apuntes sobre las anteriores cuestiones, toda vez que las mismas han de ser -al menos- enunciadas, a fin de dar una respuesta lógica a la pregunta de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de *stalking*.

Las tres cuestiones que debemos plantearnos sobre el tipo delictivo, antes de entrar a valorar el bien jurídico protegido, vienen referidas, como apuntábamos, a la necesidad o no de tipificación de esta conducta, la calificación como delito o no de conductas semejantes entre sí, y los problemas concursales del delito de *stalking* con otras figuras delictivas afines.

1º.- Consideración sobre la necesidad de tipificación del delito de acoso en el derecho español.

Como premisa a describir el bien jurídico protegido en el delito de *stalking*, debemos encontrar una razón que permita justificar la incursión de este tipo delictivo como delito autónomo, y ello está directamente relacionado con determinar la existencia de un bien jurídico que otras figuras delictivas no han logrado proteger, y que el derecho considera digno de protección mediante la inclusión del artículo aquí estudiado.

Sobre este punto, MENDOZA CALDERÓN, citando a GÓMEZ RIVERO⁴²¹ incide en

⁴²¹ GÓMEZ RIVERO, C, "El Derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio", en MARTÍNEZ

que la primera cuestión que habría que plantearse es que *cualquier tipo de tipificación del acoso persecutorio solo es aceptable si cumple con los postulados establecidos por el principio de intervención mínima en Derecho penal.*

Esta posición es la que compartimos, pues conforme a la conocida frase de JELLINEK, “*el mínimo ético*”, *el Derecho penal sólo debe proteger el mínimo de ese mínimo*, siendo hoy generalmente aceptado el llamado *Principio de intervención mínima*, reconociendo al derecho penal un carácter subsidiario y fragmentario: subsidiario por entender que este derecho es la última *ratio*, es decir, que sólo debe intervenir cuando, para proteger los bienes jurídicos, se revelen como ineficaces los demás medios de tutela y sanción con los que cuenta un estado de Derecho; y fragmentario, pues el Derecho penal únicamente debe proteger los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad y que a éstos sólo debe tutelarlos frente a los ataques más intensos, más intolerables⁴²².

La autora, siguiendo a VILLACAMPA ESTRIARTE, entiende que la generación de la necesidad de incriminación conductual producida radicaría en la preocupación social del fenómeno que se percibe tan irracional como excepcionalmente peligroso para el bienestar colectivo, siendo que tal percepción habría venido en parte generada por la distorsión informativa sobre el particular, provocada por los medios de comunicación social⁴²³.

Las discusiones doctrinales vienen a justificar la incursión del tipo delictivo del *stalking* en nuestro ordenamiento jurídico, lo que constituye una premisa necesaria para continuar en el estudio de esta figura y determinar, en consecuencia, la naturaleza del bien jurídico protegido de esta figura. En cualquier caso, aprobada la reforma del Código

GONZÁLEZ, M. I. (Directora), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 27-51.

⁴²² LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015, p. 43-44.

⁴²³ Cf. MENDOZA CALDERÓN, S, El delito de *stalking*: análisis del Artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013, en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ep. 5, citando a VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Delito de acoso/*stalking*: artículo 172 ter”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 595-612.

Penal y tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, la inserción del tipo delictivo de acoso se ha configurado como una realidad, independientemente de las discusiones doctrinales a favor o en contra.

2º.- Conductas típicas que configuran el tipo delictivo.

No es fácil trazar la línea divisoria entre lo que el derecho penal considera digno de tipificación y lo que no dejan de ser conductas molestas o insistentes, que no llegan a vulnerar bienes jurídicos dignos de protección en la esfera penal.

Veremos en párrafos siguientes que ya antes de incluir en el Código Penal el delito de acoso en el artículo 172 ter, las conductas típicas que en él se recogen eran tenidas en cuenta por la jurisprudencia y calificadas bien como conductas penalmente inocuas, bien eran subsumidas en los delitos de amenazas o de coacciones, dependiendo de las particularidades de cada acción.

La doctrina ha señalado, a nuestro parecer con acierto, que si bien es necesario reconocer que algunas conductas pueden resultar molestas, impertinentes o incómodas a quien las padece, no es menos cierto que no es función del derecho penal garantizar el bienestar en sentido genérico, la tranquilidad de las personas en general, cuando no se desprende la existencia de indicios que acrediten la afectación de un bien jurídico dañado y digno de protección penal, puesto que ello iría en contra, entre otros, del principio de intervención mínima al que antes hemos hecho referencia.

Es por ello por lo que el artículo 172 ter se preocupa de exponer claramente dos apartados que sirven, a nuestro entender, para clarificar las conductas que podrán ser previstas y penadas como delito de hostigamiento.

El apartado primero describe con detalle los requisitos necesarios que comportan la acción del *stalking*: una conducta de naturaleza acosadora, repetitiva e insistente, sin legitimación, y que provoque toda ella que la víctima modifique sustancialmente su vida cotidiana.

El apartado segundo detalla las formas de materialización del delito de acoso,

siendo necesario, para penar la conducta, que las acciones realizadas por el autor de los hechos queden bajo alguna de las cuatro modalidades que recoge dicho apartado.

De esta manera, un comportamiento que, *a priori*, pudiera parecer molesto para la víctima, pero no de entidad para reclamar la intervención penal, adquirirá carta de naturaleza penal si esa conducta se realiza en alguna de las modalidades del apartado segundo del artículo 172 ter, y al hacerlo, quedan cumplidos los requisitos del apartado primero, siendo entonces la conducta digna de reproche penal.

De hecho, no podemos obviar la existencia de un déficit de tipificación relacionado con los delitos contra las personas contemplados en el Código Penal, en comparación con las regulaciones legislativas en el derecho comparado. Esto, unido al nacimiento de obligaciones de incriminación procedentes de instancias internacionales, tales como la firma del Convenio de Estambul, hizo patente la necesidad de dar cobertura a situaciones de hecho que quedaban fuera del marco penal, y que se materializaron, entre otras expresiones, en la configuración del delito de *stalking*⁴²⁴.

3º.- Problema concursal.

El tercero de los temas de nombramos se refiere al problema concursal. La figura delictiva del *stalking* debe ser puesta en relación con otros tipos delictivos con los que presenta grandes semejanzas (como las coacciones o amenazas). Asimismo, debemos compararlo con la realización de conductas propias de *stalking* pero que al materializarse pueden afectar a otros bienes jurídicos protegidos (por ejemplo atentar contra el patrimonio de la víctima o usurpar la identidad)⁴²⁵.

Entendemos que la razón de incidir sobre este punto es la necesidad de separar, en el momento del bien jurídico en cuestión, la acción que puede dar lugar a la

⁴²⁴ Sobre este punto, ver VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 19-20.

⁴²⁵ Sobre este punto, CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por *stalking*...”, *op. cit.*, p. 7-9.

configuración del delito de *stalking*, de la comisión de otros hechos, realizados al amparo o con ocasión del delito de *stalking*, que entrar en confrontación con este delito, pudiendo sumar bienes jurídicos a los ya protegidos por el delito de acoso, o bien debiendo aplicar la norma concursal a fin de evitar incurrir en un solapamiento de penas.

2.2.- Postura doctrinal sobre la determinación del bien jurídico protegido

Como ya hemos analizado, la postura doctrinal mayoritaria es la que percibe la libertad como el bien jurídico protegido en este delito, en concreto la *libertad individual*, y no la integridad moral. Tal postura viene corroborada por la propia Ley Orgánica 1/2015, cuya Exposición de Motivos XXIX incluye dentro de los delitos contra la libertad el nuevo tipo penal de acoso, que 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 realizarse necesariamente el anuncio explícito o implícito 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 continuas, u otros actos continuos de hostigamiento⁴²⁶.

No obstante lo dicho hasta ahora, lo cierto es que hay corrientes doctrinales muy interesantes que se separan de la postura mayoritaria y, sin concebir la libertad como el bien jurídico protegido, aportan valor a la definición del delito y a la naturaleza de los bienes que la regulación de éste tiende a proteger.

2.2.1.- Postura doctrinal mayoritaria sobre la determinación del bien jurídico

⁴²⁶ Sobre este tema, ver SERRANO GÓMEZ, A., “Delitos contra la libertad”, en SERRANO GÓMEZ A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, 2011, pp. 162 a 178.

protegido

Antes de entrar en vigor la Ley Orgánica 1/2015, MENDOZA CALDERÓN ya consideró que la ubicación del tipo delictivo de acoso como específico respecto del general de coacciones, permitiría evitar que se siga la línea expansiva de la jurisprudencia que relaja el concepto de violencia con el fin dar cabida en el Artículo 172 del Código Penal a todas aquellas conductas que, tendentes a limitar la libertad de obrar, no encuentran encaje en otros tipos delictivos más estrictos; en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990 expuso que el concepto de violencia en esta figura delictiva pasó de una inicial interpretación estricta, referida solo a la fuerza física ejercida sobre una persona, a otra más amplia, comprensiva de la fuerza moral intimidación, hasta llegar a abarcar también la llamada "*vis in rebus*", referida a los supuestos en que la violencia se aplica directamente a las cosas pero con la finalidad de torcer la libertad de obrar de alguien⁴²⁷.

Por su parte, VILLACAMPA ESTRIARTE comparte la postura mayoritaria sobre la protección de la libertad como bien jurídico protegido en el delito de *stalking*. No obstante, realiza una reflexión sobre la ausencia, en la configuración del tipo delictivo, de referencia de la amenaza o el atentado a bienes jurídicos como la vida o la salud. Tales extremos sí han sido contemplados en el Código Penal alemán, en el que el legislador español se ha apoyado en la configuración de la conducta típica del delito, como ya dijimos.

De esta manera, se impide considerar típica una conducta de persecución reiterada implícitamente amenazante que no pudiera reconducirse al delito de amenazas pero tampoco a ninguna de las precedentes modalidades comisivas contempladas en el tipo; lo mismo que aquellos supuestos en que la violencia empleada para mover la voluntad de la víctima fuese de carácter psicológico, que tampoco, por tanto, podrían reconducirse al delito de coacciones de interpretarse en sus justos términos el medio comisivo de la violencia, circunscrito a la física⁴²⁸.

⁴²⁷ MENDOZA CALDERÓN, S., *ul. op. cit.*, p. 103-140.

⁴²⁸ En este sentido, ver CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*...", *op. cit.*,

En cambio, sí hace alusión el tipo delictivo a la afectación del patrimonio de la víctima, sin que este bien sea, a diferencia del de la libertad, un bien jurídico personalísimo. Efectivamente, el número cuatro del apartado segundo incluye como conducta típica el atentado contra el patrimonio de la víctima o de sus allegados; la efectiva afectación a la libertad de obrar producida por medio de atentados al patrimonio requiere de una conducta de mayor lesividad intrínseca, que supere el umbral de la amenaza a dicho interés jurídico llegando a constituir efectivo atentado⁴²⁹.

Centrada pues la cuestión sobre la libertad individual como bien jurídico protegido, debemos señalar, tal y como afirma QUINTERO OLIVARES – siguiendo a autores como MIRA BENAVENT, que a su vez se inspiran en BINDING- que los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad⁴³⁰.

Pues bien, si consideramos como válida tal premisa, deberá plantearse, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, las distintas fases que componen el proceso de formación de la voluntad, para así decidir cuál o cuáles de ellas constituyen objeto de protección en el delito de acoso o *stalking*.

Es común en la doctrina española contemplar como fases estadios del proceso de formación de la voluntad las siguientes: i) La propia capacidad de voluntad; ii) La capacidad de decisión, esto es, la capacidad (o libertad) de decidirse, ante varias alternativas, por una de ellas; y iii) La capacidad de ejecución de esa decisión

p. 6, citando a NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Lección VIII. Delitos contra la libertad: coacciones, amenazas, detenciones ilegales y secuestros*, en GÓMEZ RIVERO, M. C. (Dir.), *Nociones fundamentales del Derecho penal. Parte especial. Volumen I*. 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 161, quien expone que “no queda claro que la libertad de ejecutar las decisiones previamente tomadas sea lo que se pretende vulnerar por el comportamiento del stalker, puesto que no se trata de comportamientos que consistan en obligar a la víctima a realizar lo que no quiere i impedirle que realice lo que quiere, sino que afectan de manera genérica, a una especie de sentimiento o sensación de inseguridad de la persona que los padece pero que no puede concretarse en la vulneración de la libertad en el sentido en que lo definen las coacciones”.

⁴²⁹ Cf. VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 30-31.

⁴³⁰ QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 245.

previamente adoptada.

Como corolario de lo anterior debemos señalar que se acepta comúnmente la *libertad* como bien jurídico protegido en el delito de acoso o *stalking*, y, de manera concreta, *la libertad de obrar*.

Se pretende así proteger la libertad de ejecución -decisión-, la última fase del proceso antes señalado, por ser la que resultará limitada por la realización de alguna de las conductas constitutivas del acoso típico. La mención de la vida cotidiana en el resultado del delito supone que el sujeto tiene un modo determinado de desarrollo diario -cotidiano- de su vida ya establecido, el cual es el que debe alterarse gravemente como consecuencia de las conductas constitutivas de acoso, conminándole a modificarlo⁴³¹.

2.2.2.- Aportaciones minoritarias sobre la determinación del bien jurídico protegido

A pesar de ser la postura mayoritaria, la concepción de la libertad como bien jurídico protegido no es compartida por la unanimidad de la doctrina de nuestro derecho, no al menos como bien jurídico protegido inmediato.

Nos encontramos así con posiciones doctrinales que entienden que, si bien la libertad se lesiona en la comisión del delito que estamos estudiando, no lo hace de manera inmediata, sino que es consecuencia de una atentado contra un bien jurídico principal, que es la integridad moral.

MATALLÍN EVANGELIO formula una reflexión sobre la cuestión.

Comienza esta autora reconociendo que tanto la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 como las sucesivas instancias que han informado o comentado el texto

⁴³¹ De esta opinión, CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, p. 5-7. Dicho autor califica como bien jurídico protegido en este delito la capacidad de obrar libremente, concebida de manera restrictiva. De esta opinión, también NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 161.

en sus distintos momentos legislativos están conformes en situar el bien jurídico protegido en la libertad del sujeto.

Donde pone el acento la autora (a pesar de su ubicación sistemática entre las coacciones), es qué fase de la libertad -de formación o de ejecución- se produce la limitación.

Según esta autora, si tomamos como eje interpretativo la anterior localización sistemática, deberíamos enlazar el resultado de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana con la fase de ejecución de la libertad del sujeto. Dicho sujeto realizaría actos de la vida ordinaria de forma distinta a la deseada -u omitiría los queridos-, precisamente **como consecuencia de las conductas de acoso sufridas**.

En este sentido – concluye MATALLÍN EVANGELIO- *“el Artículo 172 ter constituiría una modalidad específica de coacciones, por razón de la realización insistente y reiterada de alguno de los actos ejemplificados en el texto, que a pesar de la utilización típica del término acoso poco o nada tendría que ver con el significado propio de tal vocablo, vinculado con el bien jurídico de integridad moral”*⁴³².

Si analizamos la conducta típica desde esta óptica, hubiera sido factible configurar el delito como una modalidad más de acoso punible, identificando el bien jurídico protegido, igual que en el resto de formas típicas de acoso, en la integridad moral del sujeto, en la línea mantenida por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, y por los textos supranacionales que nos vinculan⁴³³.

En consecuencia con la premisa anterior, la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana, que constituye el resultado típico del delito, debería vincularse con el bien jurídico **integridad moral** y con la creación de un clima hostil u ofensivo para el sujeto. Dicho sujeto vería afectada de manera mediata su libertad -de formación o

⁴³² MATALLÍN EVANGELIO, Á., MATALLIN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *op. cit.*, ep. 28.

⁴³³ Como ejemplo, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Dicha Directiva contempla en su Artículo 2: *“A efectos de la presente Directiva se entenderá por: (...) c) «acoso»: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*.

ejecución de decisiones-, ya que le llevaría a modificar determinadas conductas integrantes de su vida diaria; y lo haría de forma indirecta como objeto de lesión, pero sin constituir el objeto formal del delito⁴³⁴.

Con ello, esta forma de acoso personal del Artículo 172 ter, como el resto de acosos típicos (acoso sexual, mobiliario, laboral, *grooming* o *sexting*), lesionaría de manera directa la integridad moral del sujeto y, solo de forma mediata, su libertad.

MATALLÍN EVANGELIO entiende que las consecuencias de la opción interpretativa antes descrita serían menos desafortunadas que situando el bien jurídico protegido en la libertad, pues se evitarían algunos de los graves solapamientos que pueden producirse con otros delitos, como por ejemplo con el acoso sexual o el *grooming* de los arts. 184 y 183 ter respectivamente.

Otros autores han marcado también diferencias respecto a la concepción mayoritaria de la libertad como el bien jurídico protegido en este tipo delictivo; así, QUERALT JIMÉNEZ considera el delito de hostigamiento como *pluriofensivo*, y pone de manifiesto que “*estamos ante un haz de infracciones altamente insatisfactorias por su falta de precisión, y su punición bajo otros nomina iuris. Desborda las previsiones de una interpretación razonable y respetuosa para con el principio de legalidad*”⁴³⁵.

Aunque la postura de la autora invita a la reflexión, no es menos cierto que la práctica totalidad de comentaristas e informadores del Artículo 172 ter consideran como objeto de tutela la libertad, y desde este entendimiento deberemos afrontar su interpretación, configurando este delito como una modalidad *sui generis* de coacción - ausente de violencia física-, de no fácil entendimiento.

⁴³⁴ Sobre este tema, ver RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Director): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Ed. Atalier, Barcelona, 2015, p. 109. Dicho autor advierte que de manera evidente con esta figura de acoso no se castigan únicamente actos que pueden coartar la libertad de otra persona, sino también situaciones que, sin limitar su libertad de actuación, pueden afectar muy negativamente a su sensación de seguridad

⁴³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 176.

2.3.- Posición jurisprudencial

Las resoluciones judiciales de los supuestos de hecho que se tipifican como *stalking* no han alcanzado aún las instancias superiores; el Tribunal Supremo no ha afrontado entre los pleitos que él conoce materia de esta naturaleza, dado el relativo poco tiempo que este delito se encuentra formalmente en vigor.

Y decimos *formalmente*, ya que, no obstante, podemos acudir a sentencias de Audiencias Provinciales que estudiaron supuestos de hechos que hoy día podrían calificarse conforme al artículo 172 ter del Código Penal, y que al tiempo de dictar la resolución llegaron a distintas soluciones, por existir una distinta visión jurisprudencial diferenciándose en función de la modalidad acosadora propia del *stalking*.

Lo que podemos adelantar es la preocupación judicial por estudiar conductas que inicialmente no tenían cabida en el derecho penal, pero que, examinadas en el conjunto de una pluralidad de acciones y viendo que se dirigían contra un mismo sujeto pasivo, daban la posibilidad al juzgador de incardinarlas en tipos penales ya existentes.

Perseguir a alguien sin llegar a mantener una conversación con el sujeto pasivo; llamar insistentemente por teléfono a la víctima, son comportamientos que desde julio de 2015 pueden incluirse en las conductas típicas del artículo 172 ter pero que antes de esa fecha no encontraban acomodo en el derecho penal.

Sin embargo, en ocasiones estas conductas penalmente no perseguibles encontraban cabida en figuras delictivas análogas, si bien debían cumplir, obviamente, los requisitos formales del delito en el que eran incardinadas. En consecuencia, el cumplimiento de estos requisitos precisaba que previamente se determinara que el bien jurídico a proteger quedara también incardinado en el propio del delito en el que las conductas se incluían. Este principio era *conditio sine quanon* para castigar el comportamiento en cuestión.

Lo dicho anteriormente queda reflejado en la jurisprudencia. Prueba de ello son las resoluciones que vamos a enumerar a continuación, que destacan por la cercanía que

muestran con el estudio de la figura hoy conocida como *stalking*.

a) *Sentencia de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de junio de 2009.*- En un supuesto en el que se producían constantes llamadas telefónicas, la resolución anticipa que el acoso telefónico y el acecho personal al que un ex marido había sometido a su ex esposa, no podían ser subsumidos en el delito de coacciones, (ni siquiera en su modalidad de coacciones leves de género, tipificada en el artículo 172.2 del Código Penal), tanto por la ausencia del elemento esencial de violencia o intimidación como porque con ellos no se obligaría en puridad al sujeto pasivo a hacer nada concreto ni se le impide propiamente hacerlo (pues la víctima no está forzada a recibir la llamada o a abrir los mensajes, como no está impedida de utilizar libremente su teléfono o de salir a la calle), aunque pueda afectarse a su tranquilidad y a su sentimiento subjetivo de seguridad hasta hacerle modificar sus hábitos cotidianos. Por ello, se recalca que *a falta de una tipificación expresa y específica las conductas de acoso o acecho como las descritas resultarían en sí mismas atípicas, salvo que por sus características se subsumieran en el delito de violencia psíquica habitual, lo que sería posible gracias al contenido del concepto de "violencia psíquica"*.

b) *Sentencia de la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de junio de 2009.*- En el caso de un acoso persecutorio en el que la víctima era acechada constantemente con encuentros físicos "casuales" en el desarrollo de su vida social, la Sentencia de esta Sección de la Audiencia habría sostenido que la presencia del acusado coincidiendo con la denunciante (acudiendo a sus lugares de trabajo cuando sabía que iba a estar ella, las inmediaciones del domicilio de una misma, esperando en la parada de autobús de madrugada frente al bar donde ella trabajaba sin razón alguna), aunque en los encuentros no hubiera mediado comunicación y no se hubieran proferido expresiones amenazantes o insultantes, implicaría que el comportamiento del acosador tendría *un indudable componente coercitivo, dirigido a doblegar la voluntad de la víctima ya que sería el hostigamiento continuo y la reiteración del comportamiento lo que conllevaría a la existencia de una coacción penalmente relevante*. No obstante, la Sala en este caso apreció que no cabría apreciar una continuidad delictiva cuando la repetición

de actos ya se hubiera tenido en cuenta para configurar el ilícito penal⁴³⁶.

c) *Sentencia de la Sección Veintiséis de la Audiencia provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2014.- Resuelve esta Sección sobre un supuesto en el que se había producido acoso y hostigamiento telefónico con el completo conocimiento por el infractor de que se violenta al hacerlo la decisión del destinatario de no recibir tales llamadas, y con la intención de imponer la voluntad del remitente, ocasionando al destinatario una perturbación en su tranquilidad y sosiego y una imposición de una conducta a la que aquél no tiene derecho alguno.*

Entiende la Audiencia de Madrid que lo anterior constituye una modalidad de vis compulsiva que reúne todos los elementos que definen al delito de coacciones. Expone dicha sentencia que *“La conducta consistente en el acoso y hostigamiento telefónico incesante y grave comporta un atentado contra la libertad y seguridad de la persona afectada, en cuanto ve impedida su propósito de llevar a cabo una vida normal y queda sometida durante todo el tiempo que dure la conducta a una invasión e injerencia en su libertad y a un quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia libertad.*

El problema empieza cuando se quiere imponer a toda costa el deseo personal y se hace violentando hasta el extremo la libertad ajena, así como cuando se tiene la perfecta y completa conciencia de que esa persona no quiere mantener contacto y tiene una voluntad patente y claramente manifestada de desentenderse de cualquier contacto con el emisor, y pese a ello se le impone, asfixiándola y limitándola en su libertad. La coacción no consiste en que el acusado quiera expresar sus sentimientos, sino en el hecho de que la denunciante no quiere mantener esa comunicación y se la imponen”⁴³⁷.

2.4.- Toma de postura

Hemos comprobado que no hay unanimidad, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, sobre la calificación del bien jurídico protegido en el delito aquí

⁴³⁶ Citadas esta sentencia y la anterior por MENDOZA CALDERÓN, S., *ul. op. cit.*, ep. 5.

⁴³⁷ Sentencia n.º 815/2014 de Audiencia Provincial de Madrid (rec. 1521/14), de 4 de diciembre de 2014, ponente D^ª ARCONADA VIGUERA, M.^ª T.

estudiado. Sin embargo, existe una corriente mayoritaria que conforma una postura estructurada sobre la *libertad individual* como bien jurídico protegido, posición que también compartimos por las razones expuestas a lo largo de este capítulo.

Y entendemos que la protección de la libertad individual, tal y como la concibe el delito de *stalking*, viene a completar el conjunto de delitos que se encargan de proteger la libertad en sus distintas fases y manifestaciones; no existe, a nuestro entender, una figura típica que abarque el bien jurídico protegido como lo hace la presente, contribuyendo con ello a formalizar el marco jurídico de protección de la víctima⁴³⁸.

A lo largo del presente trabajo tendremos oportunidad de estudiar figuras típicas análogas al tipo de *stalking*, que si bien guardan parecidos formales e incluso de fondo con la presente figura, protegen bienes jurídicos distintos y tienen diferentes naturalezas al delito de *stalking*.

No obstante, y a pesar de darse un estudio más concreto en momentos posteriores del trabajo, entendemos necesario hacer mención ahora al delito de coacciones, por comparativa con el de *stalking* o acoso; y es que no podemos sino reconocer que, en el estudio de este delito, las similitudes con las coacciones van más allá del lugar en el que se encuentran ubicadas en el Código Penal.

Así, hemos de recordar que el tipo delictivo de las coacciones se caracteriza por la conducta del infractor, que *sin estar legítimamente autorizado* (puntuación que por cierto comparte con el tipo delictivo del artículo 172 ter, como estudiaremos más adelante), impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, protegiendo en este caso como bien jurídico la libertad.

Sin embargo no podemos asociar penalmente los bienes jurídicos protegidos en

⁴³⁸ A. M. MAUGERI, *Lo Stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Ed. Giappichelli, 2010, *pàssim*. Esta autora entiende que el *stalking* merece una consideración penal autónoma porque, por un lado, puede cometerse mediante actos en sí lícitos --capaces de ofender los bienes tutelados debido a su reiteración, obstinación e insistencia--, y, de otro, porque incluso cuando se realiza mediante actos en sí ilícitos --como amenazas, molestias, injurias, daños, golpes, etc.--éstos asumen un desvalor particular y diverso, en razón de su carácter reiterado y continuado, en el sentido de no afectar ya bienes singulares (como la integridad física, tranquilidad personal o el patrimonio), sino lesionando de modo todavía más intenso la libertad personal y la salud psicofísica de la víctima.

ambas infracciones (el de coacciones y con el de acoso), pues los supuestos comprendidos en un tipo y otro no son iguales, como tendremos oportunidad de examinar. Además, hemos de recordar que en el caso del acoso la conducta típica (también lo estudiaremos) no implica a la voluntad del infractor, mientras que las coacciones requieren de una tendencia, intención de éste, de la que el delito del *stalking* está desprovista.

Valorando lo expuesto hasta ahora en el presente apartado, podemos hacer la siguiente reflexión sobre el bien jurídico protegido:

a) La libertad individual es el bien jurídico a proteger en el delito de *stalking*. Y esta libertad del sometido a la conducta de *stalking* está comprometida desde el momento en que el sujeto pasivo pierde la posibilidad de desarrollar normalmente su vida cotidiana, sin que sea penalmente relevante que el autor, con su comportamiento, haya pretendido esto o no. La figura aquí estudiada completa el elenco de artículos que castigan los atentados contra la libertad en sus diferentes manifestaciones.

b) El delito de *stalking* configura la libertad como un bien jurídico propio, digno de protección y regulación, que sienta las bases para estudiar la conducta típica de este delito recién incorporado al ordenamiento jurídico español.

c) Junto a la libertad como bien jurídico principal, este delito se muestra flexible y abierto a otras posibilidades, en concreto a la incorporación de bienes jurídicos protegidos que, tomando como base la salvaguardia de la libertad antes mencionada, contribuyen a dotar al 172 ter de un mayor protagonismo en la esfera penal⁴³⁹. Y ello debido a que, por la multitud de conductas que recoge en sus cuatro modalidades, el delito de acoso comprende no sólo la libertad –que entendemos es el bien jurídico principal– sino también bienes de otra naturaleza que se conjugarán con ésta para completar la esfera de protección.

⁴³⁹ También sobre protección de salud física y mental en los delitos de *stalking*, ver DIETTE, T. M / GOLDSMITH, A. H / HAMILTON, D / W. DARITY J. R. / MCFARLAND, K., "Stalking: Does it Leave a Psychological Footprint?", en Soc. Sc. Quart. 2014, vol. 95, p. 563.

Tal es el caso de la lesión al honor de la víctima, cuando el autor use sus datos para que otras personas se pongan en contacto con ella, si éste indica que la víctima ofrece servicios de índole sexual; o la intimidad, si el autor emplea indebidamente sus datos personales; o lesión del patrimonio, en la última modalidad. Llama la atención, como ya lo advirtió VILLACAMPA ESTRIARTE y así lo hemos señalado en líneas anteriores, que ésta es la única modalidad que recoge un bien jurídico protegido que no atenta directamente contra la persona, sino contra bienes de naturaleza patrimonial.

Como indicábamos anteriormente, la protección de estos bienes se asociará con el bien jurídico protegido supremo en este artículo, que es la libertad individual. Y ello sobre la base del primer apartado del artículo 172 ter: la actividad reiterada, insistente, ilegítima, acosadora del sujeto activo conllevará a una modificación en la vida cotidiana de la víctima, por lo que quedará constreñida su libertad. Y esos requisitos serán los que se tengan en cuenta a la hora de valorar si se ha perfeccionado la conducta delictiva. En otras palabras, es el **modo** en el que la conducta delictiva se perfecciona lo que podrá conllevar, **además**, que se lesione un bien jurídico distinto al de la libertad. Por tanto, podemos concluir que el bien jurídico protegido en el delito estudiado será la libertad, de manera principal, y junto a ella, si procede y dependiendo del concreto desarrollo de la acción, bienes de naturaleza personal (honor, intimidad, etc.) o patrimonial (supuesto cuarto del apartado segundo del artículo 172 ter).

3.- Conducta típica

3.1.- Descripción del tipo

La tipicidad de las acciones se construye sobre la exigencia genérica de acoso reiterado e insistente, derivado de la realización de ciertas conductas ejemplificadas con carácter ciertamente abierto, que producen como resultado una grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la persona acosada, siempre que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado a realizar tales actuaciones.

Vemos cada uno de los requisitos del tipo delictivo.

3.1.1.- Acoso

En la introducción adelantábamos que las críticas a este artículo comienzan desde el primer término empleado en el mismo: el acoso.

VILLACAMPA ESTRIARTE indica que la referencia al verbo “acosar” para caracterizar la conducta típica no es la más adecuada, exponiendo una serie de razones:

"Primero, porque dicho término se emplea para explicar justamente el término que pretende ser explicado, con la generación de la consiguiente confusión. Explica la profesora que el delito de cuya inclusión se trata se designa en la Exposición de Motivos como supuesto de “acoso”, para cuya caracterización acudimos al verbo “acosar”.

Segundo, porque el acoso constituye un término acerca del que no se ha logrado consensuar una caracterización general en nuestro ordenamiento jurídico. Pese a las tentativas en ese sentido, ni siquiera una cuestión que a priori parecería fuera de toda duda, cual la necesidad de la reiteración de la conducta que fuere para constituir acoso, puede darse por supuesta”⁴⁴⁰.

Nuestro ordenamiento jurídico no es el único en obviar una definición del verbo “acosar” a la hora de definir el tipo delictivo; países como Reino Unido recibieron críticas precisamente por emplear el término “acoso” sin especificar en qué consistía esa conducta.

De hecho el artículo 1 del *Protection from Harassment* define el delito de *stalking* como una conducta que *a) implique acosar a otro, y b) que el autor sepa o deba saber qué implica acosar a otro*. Es decir, que la conducta delictiva conlleva una actuación de acoso y que el autor sepa (o debiera saber) que lo que está haciendo es acosar. Sin embargo, no describe qué debe entenderse por *acoso*.

Malta, siguiendo la estela legislativa de Reino Unido, tampoco reconoce entre su

⁴⁴⁰ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op.cit.*, p. 28-29.

articulado una definición de acoso, tipificando la conducta de manera muy semejante a cómo lo hace Reino Unido en el *Protection from Harassment*.

El Código Penal belga también incluye en la regulación del *Stalking (belaging)* el término *acoso* sin describir el mismo.

La acepción *acoso*, en cambio, sí es explicada por otros países. El estado de California introduce la definición de acoso en su artículo 646.9, entendiendo el mismo como *conocido y consciente patrón o curso de conducta dirigido a una persona específica que alarma, atormenta, irrita o atemoriza seriamente a la persona y que persigue un propósito no legítimo*. Recordamos que el Código californiano fue el primero en tipificar este delito. No todos los estados que le siguieron en la legislación --ni tampoco la mayoría de las legislaciones europeas-- optaron por continuar en este camino, como hemos podido conocer, perdiendo de esta manera la oportunidad de clarificar un concepto que a día de hoy dificulta la interpretación y aplicación del delito de *stalking*.

Irlanda fue otro de los países que se ocupó de precisar el término *acoso*; queda descrito en el punto 2 de la Sección 10 de la *Non-Fatal Offences Against the Person Act 1997* entendiéndose: *a) como una acción dolosa o imprudente de interferencia seria en la paz y la privacidad del otro, o que provoca alarma, angustia o daño a otra persona, y b) como un temor causado a persona que le haga sentir que su paz y privacidad pudieran ser atacados, o causen alarma, angustia o daño de que pudieran serlo*.

Otros ordenamientos, tanto de tradición anglosajona (Australia), como Europea, definen el delito de *stalking* sin hacer referencia a la palabra *acoso*. Así, el StGB utiliza una semántica menos compleja al describir la conducta típica, cual es la de “perseguir”. Sin embargo, lo cierto es que en el caso español, a consecuencia de las distintas conductas tipificadas, tal vez el término “perseguir” no abarque la totalidad del sentido del tipo delictivo a estudiar⁴⁴¹.

⁴⁴¹ El término empleado por el Código Penal alemán es perfectamente compatible con el primer tipo

Centrándonos en la redacción del artículo 172 ter. 1 del Código Penal español, observamos que la acción consistente en **acosar a una persona** debe producirse **de forma insistente y reiterada** para poder ser calificada como delito.

CÁMARA ARROYO expone que la redacción del precepto admite un concepto amplio de “acoso” (acción y efecto de acosar), y que el término significa “*perseguir, sin darle tregua ni reposo, a una persona o perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimiento*”⁴⁴². Considera este autor que también tienen cabida, por tanto, las conductas de acecho (vigilancia, control, persecución...) y hostigamiento⁴⁴³.

Además, indica que la sentencia 128/2016 de 7 de abril de la Audiencia Provincial de Lleida alude a un significado más acotado a las situaciones de acechanza y hostigamiento definiéndolas “*como aquellas conductas intrusivas y no deseadas que incluso podían llegar a comprometer la sensación de tranquilidad y seguridad personal. Estas conductas podían ser de la más variada tipología: desde la reiteración de llamadas, o de emails, whatsapps u otros modos o medios de comunicación, hasta los merodeos o seguimientos personales a las que se sometían a las víctimas*”⁴⁴⁴.

Por otra parte, la doctrina ha definido diversas modalidades de acoso, distinguiendo entre el acoso moral y el acoso psicológico. Mientras que el primero busca humillar o envilecer a la víctima, el segundo no pretende producir en la víctima dichos sentimientos, sino los de preocupación, temor, inseguridad o desasosiego, entre

recogido en nuestro artículo 172 ter, el de vigilar, perseguir o buscar su cercanía física. Sin embargo no es aplicable al resto de supuestos, como comunicarse con ella, usar sus datos personales o atentar contra su libertad o patrimonio. Recordamos que el parágrafo 238 del Código Penal Alemán incorpora distintas conductas: buscar la proximidad de una persona, intentar establecer contacto con ella, encargar mercancías o servicios a nombre de otra persona mediante la utilización abusiva de sus datos, amenazar con dañar la vida, la integridad, la salud o la libertad de una persona o de sus allegados, poner en peligro la vida o integridad de una persona o sus allegados, o cualquier otra análoga.

⁴⁴² CÁMARA ARROYO, S., OP. CIT., P.9, CITANDO A DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. / MAYORDOMO RODRIGO, V., .: “Acoso y Derecho penal”, en *Eguzkilo*, nº. 25, 2011, p. 22. Sobre la utilización del verbo acosar en la redacción del tipo penal y su significado, cita a VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El proyectado delito de acecho: incriminación...» *op. cit.*, p. 26 y 27.

⁴⁴³ Así lo entiende MENDOZA CALDERÓN, S, “El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las reformas penales..*, *op. cit.*, p. 2, citando a SUCKLING, A / TEMPLE, C., *Herramientas contra el acoso escolar. Un enfoque integral*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2006, p. 79, las cuales estudiaron otra forma de acoso: el escolar.

⁴⁴⁴ *Íbid.*, p. 10, citando la sentencia con referencia de La Ley 61621/2016.

otros⁴⁴⁵. Es con el acoso psicológico con el que parecen identificarse muchas de las conductas del *stalker*, mientras que el acoso moral perfectamente puede ubicarse entre los delitos contra la integridad moral.

Desde el punto de vista teórico --y en aras a ofrecer una definición de la palabra *acoso* en el sentido usado por el artículo 172 ter.3--, un acoso puntual --aunque haya sido de dos días o de dos veces-- no configuraría la descripción exacta de *acoso* incardinable en el artículo 172 ter, pues se requiere llegar al convencimiento de que hay una persistencia en el acoso y que ante la negativa o la oposición de la víctima el acosador persiste en su actitud.

Para calificar un comportamiento de acosador, entendemos que debemos definir la conducta del sujeto activo como intrusiva, no consentida por la víctima, lo que ciertamente nos parece necesario para diferenciar los comportamientos simplemente molestos de los constitutivos de delito. Y tal definición la extraeremos tanto del sentido literal de la palabra “acoso”, como del estudio de la naturaleza global del delito y el sentido de su ubicación y existencia en nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, podrán tener cabida, dentro del tipo delictivo, distintos comportamientos que, ejercitándose de manera reiterada, tienen un elemento en común: la colocación a la víctima en una situación de desasosiego tal que le incita a modificar sustancialmente su modo de vida.

Para completar el concepto de “acoso”, podremos contar con las descripciones que otros ordenamientos jurídicos realizan sobre el tipo, que si bien jurídicamente no son vinculantes, sí han servido al intérprete español para delimitar el sentido del término empleado en la definición del tipo delictivo estudiado en este Capítulo.

⁴⁴⁵ CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, p.10; PÉREZ MACHÍO, A.I.: *Mobbingy Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág 4; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V., *op. cit.*, p. 24; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., “Acoso - *stalking*: Art 172 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 583.

3.1.2.- Conducta insistente y reiterada.

A la hora de estudiar este apartado debemos plantearnos dos cuestiones que confluyen con el resto de requisitos a la hora de configurar la conducta típica del acoso o *stalking*.

La primera cuestión que debemos plantearnos con carácter general, ya que constituye una exigencia común en todas las formas de acoso típico, es la **determinación del número de actos que resultan necesarios para que su realización insistente y reiterada merezca tal calificativo**. Más allá de entender que estos dos términos deban relacionarse directamente con el término *acoso* a fin de configurar definitivamente una descripción de esta palabra, lo cierto es que la insistencia y reiteración en la acción delictiva se encuentra presente en la enumeración del tipo y así debe ser estudiada.

Si acudimos al derecho comparado, comprobamos que los autores no se muestran unánimes a la hora de determinar qué ha de tenerse en cuenta a efectos de incriminar estas conductas, considerando algunos que lo definitivo es el número de ataques sufrido por la víctima (diez veces en cuatro semanas o dos veces a la semana durante seis meses) y no la gravedad de la conducta en sí⁴⁴⁶.

De esta manera, ROBERTS entiende que si lo que se requiere es la realización de dos o más comportamientos intrusivos, como se propone en algunas definiciones doctrinales, persiste el peligro de calificar como *stalking* conductas socialmente adecuadas, lo que nos llevará a sobredimensionar el número de comportamientos clasificables como *stalking*, incluyendo también conductas socialmente adecuadas en el término⁴⁴⁷.

La segunda cuestión viene referida a la **naturaleza y gravedad de los actos cometidos**, y en concreto si estas características han de ser tenidas en cuenta junto a la premisa del número, o por el contrario no son relevantes estas circunstancias a la hora de calificar el delito como tal.

⁴⁴⁶ PATHÉ, M./MULLEN, P., "The impact of stalkers on their victims", *op. cit.*, p. 12.

⁴⁴⁷ ROBERTS, *op. cit.*, p. 91.

Algunos autores consideran la necesidad de consensuar qué conductas son relevantes, a efectos de su tipificación como delito⁴⁴⁸, sin existir en la doctrina del derecho comparado una postura unánime sobre el número y naturaleza de los actos cometidos que puedan ser incardinados en el concepto delictivo de *stalking*; y es que muchos de los comportamientos que formalmente pueden quedar bajo el ámbito de aplicación del delito, se pueden entender como actividades rutinarias e incluso inocuas, siendo en muchas ocasiones actuaciones socialmente aceptadas⁴⁴⁹.

Por lo que se refiere a nuestro derecho patrio, las cuestiones sobre número y naturaleza de los actos cometidos no dejan de plantear dudas. ¿Cuántos actos son necesarios? ¿Dos actos?, ¿Tres?, y, ¿En todos los supuestos se requerirá el mismo número de actos o, como señala el Consejo Fiscal, en algunos casos, «*como cuando se colocan anuncios en un medio de comunicación o en internet, que someten a la víctima a continuas llamadas*», bastará con un solo acto para realizar el tipo?

Si atendemos al tenor literal del artículo 172 ter, comprobamos que nuestro derecho opta por seguir el modelo europeo de incriminación, evitando referirse al número de ocasiones en que se han llevado a cabo estos comportamientos, y prefiriendo una fórmula que abarque las modalidades de conducta. Así, el tipo español hace alusión a una serie de comportamientos variados, aún a sabiendas de que un listado cerrado de los mismos resulta difícil.

a) Respecto del número de actos requeridos.

La exigencia de la reiteración no se da en todos los supuestos de acoso que contemplan las distintas normas legales; no sucede en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, tal como éstos se hallan conceptuados en el Artículo 7.1 y 7.2, respectivamente, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva

⁴⁴⁸ KAMPHUIS, JI./ EMMELKAMP, Pmg., *op. cit.*, p. 207.

⁴⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal, op. cit.*, p. 33, citando a ROYAKKERS, *op. cit.*, p.3; ROBERTS, *op. cit.*, p. 90.

de las mujeres y hombres⁴⁵⁰, sin que al margen de lo dispuesto en esta norma tengamos otras disposiciones legislativas que caractericen este término.

El requisito de existencia y reiteración contemplado en el articulado español trae causa de las previsiones legislativas del derecho comparado⁴⁵¹.

No obstante, hemos de señalar que la mayoría de los países y estados que han regulado el delito de *acoso* se han decantado por no exigir un número determinado de actos para formar el tipo delictivo.

Algunos autores españoles han escrito sobre esta cuestión. MATA LLÍN EVANGELIO estudia los términos *insistir* y *reiterar*, que, según ella, enlazan con la idea de repetición. Para la autora, bastaría con la realización de dos actos de vigilancia, persecución, búsqueda de proximidad física, contacto o intento de contacto..., para que dichas conductas merecieran el calificativo de acoso (siempre y cuando, claro está, dicha manifestación de voluntad se acompañe de la producción del resultado exigido por el tipo).

Sin embargo, teniendo en cuenta el significado usual del término acoso, referido a una persecución sin tregua ni reposo, entiende la autora que *quizás resulte conveniente limitar su apreciación por la exigencia de más de dos actos, pues la simple reiteración de un acto de vigilancia, o de contacto con una persona, por citar alguno de los ejemplos típicos, puede que no ostente la gravedad mínima exigible para crear un estado general, capaz de alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*⁴⁵².

Desde nuestro punto de vista no existe discrepancia en que el acoso o

⁴⁵⁰ Ver SALA FRANCO, T. (Director), *Comentarios a la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

⁴⁵¹ Son escasos los países de nuestro entorno que prevén un número determinado de actos para conformar la estructura típica del delito de *stalking*; así, en 1993 el Estado de Queensland recoge el delito de *stalking* en el artículo 359A del Código Penal, requiriendo, para su tipicidad, la existencia de un conjunto de actos realizados al menos en dos distintas ocasiones. Posteriormente la figura delictiva es modificada y descrita en el artículo 359B, requiriendo, para la perfección del delito, que la conducta se produzca *en una ocasión si es prolongada o en más de una ocasión en los demás casos*.

⁴⁵² MATA LLÍN EVANGELIO, A., “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, op. cit.*, ep. 28.

persecución debe producirse en más de una ocasión, lo que permitiría caracterizar, tal como ha hecho el legislador en la mayor parte de países de nuestro entorno, al *stalking* como un patrón de conducta, al referirse el tipo a que se deben llevar a cabo “*de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes*”.

A lo dicho anteriormente añadimos una razón de lógica: el término *acoso*, según la RAE, se refiere a la *acción de perseguir, sin dar tregua, o a “apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos”*. De estas definiciones no podemos sino compartir la postura de que deben ser varios hechos los que, relacionados entre sí y repetidos en el tiempo, sirvan para describir el comportamiento típico del delito que estamos estudiando⁴⁵³.

Creemos acertado, como así lo considera la mayor parte de la doctrina, y en el sentido que apunta MATALLÍN EVANGELIO, que el legislador no haya indicado el número de ocasiones en que las conductas de hostigamiento deben de producirse. Y ello debido a que constituye una cuestión todavía no clarificada en el ámbito de la comunidad científica las veces en que debe objetivarse una conducta intrusiva para hablar de patrón conductual, considerándose más determinante la intensidad y contextualidad en que las conductas se producen que el elevado número de ocasiones en que puedan repetirse⁴⁵⁴.

En el mismo sentido, CÁMARA ARROYO considera que, más que el número de actos, lo que es significativo es la necesidad de que exista una estrategia sistemática de persecución, integrada por diferentes acciones dirigidas al logro de una determinada finalidad que las vincule entre ellas⁴⁵⁵. También lo entiende así GUTIÉRREZ CASTAÑEDA,

⁴⁵³Apunta MAUGERI, A.M.: “El *stalking* como delito contra la intimidad”, *op. cit.*, p. 3, que “No sólo la mera reiteración de las conductas molestas, sino también su duración en el tiempo, converge a configurar, además, la idoneidad ofensiva más grave del *stalking* respecto de los delitos menos graves --amenazas, injurias o molestias-que sirven para su consumación”. También sobre este tema, ver EGE, H., *Oltre il mobbing. Straining, Stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Ed. FrancoAngeli, Milano, 2005, p. 127.

⁴⁵⁴ Así lo han entendido autores como VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 18, y MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, *op. cit.*, ep. 28

⁴⁵⁵ CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, p. 11.

poniendo de manifiesto que lo esencial en el *stalking* sería tal estrategia sistemática de persecución, no las características de las acciones en que ésta se concreta⁴⁵⁶.

Lo que no termina de resultar claro es el empleo de dos adjetivos sinónimos, *insistente* y *reiterada*, para referirse a esa necesidad. Entiende VILLACAMPA ESTRIARTE que *si el empleo único del término “reiterada” se considera poco exigente, en el sentido de que podría colmarse con la mera realización en dos ocasiones de una conducta intrusiva, entonces quizá mejor acudir únicamente a adjetivos como “insistente” o “persistente” para describir la conducta, si se quiere ayudados de la expresión “tenaz”, por cuanto apela al porfiar o ser firme en la persecución de un propósito. Sin embargo, lo que resulta más discutible de este pasaje en la descripción de la conducta típica es que la insistencia y la reiteración se refieren no a la conducta de acoso (o persecución) en sí, sino a alguna de las conductas en que el acoso/persecución puede consistir explicitadas en el precepto, pues el tipo incrimina a quien “acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes”.*

Además, tal y como ya apuntó el Consejo Fiscal en informe sobre el Anteproyecto de la reforma, *“esta insistencia y reiteración no siempre existirá en los supuestos previstos en el artículo 172 ter 1 3º ya que podrían encuadrarse en este apartado aquellos supuestos en los que se colocan anuncios en un medio de comunicación o en internet que someten a la víctima a continuas llamadas y que, sin embargo, el autor del anuncio ha realizado una única conducta que perdura en el tiempo”.*

Con la redacción dada podríamos llegar a la situación de dejar fuera del tipo penal a conductas que se repiten en el tiempo, que formalmente tienen cabida en las modalidades del artículo 172 ter, pero que no cumplen con el requisito de insistencia (tal vez porque se trata de conductas repetitivas pero que difieren en el tiempo, o tal vez porque se unen conductas de distintos supuestos del artículo 172 ter, de manera que se solapan con otras o se dilatan).

Tendríamos, pues, comportamientos formalmente penados pero que no

⁴⁵⁶ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A, *op. cit.*, p.586.

tendrían cabida penal por faltar el requisito de insistencia, aunque en la práctica los hechos no fueran diferentes de los que sí conllevaran insistencia y, por tanto, fueran constitutivos de delito.

Consideramos superflua la inclusión del término *reiterada*, por innecesario, toda vez que la palabra *insistente* contempla en su propia definición una acción de repetir o instar repetidamente, haciendo referencia, por tanto, a más de una conducta⁴⁵⁷, por lo que quedaría recogida la *reiteración* en su propia definición.

Creemos igualmente que la palabra *insistente* guarda una relación directa con la naturaleza del tipo delictivo, enraizando directamente con la mayoría de las conductas descritas en el artículo 172 ter, mientras que la *reiteración* a la que se refiere en primer lugar queda embebida por el empleo de la palabra *insistente*.

A nuestro juicio la inclusión de ambos adjetivos en la descripción del tipo delictivo hubiera sido más acertada si los mismos estuvieran ligados por una conjunción disyuntiva (“o”) y no por una copulativa (“y”).

De esta manera podrían tener cabida conductas que no siendo reiterativas por ser distantes en el tiempo, se repiten a lo largo de éste; y esta repetición prolongada en el tiempo configura el tipo delictivo respecto de la víctima, que ve alterado gravemente su modo de vida ordinario.

Por otro lado, podríamos también prever la inclusión (aunque esta sí puede resultar un tanto forzada), de conductas aisladas, únicas incluso, pero que proyectan una pluralidad de conductas insistentes. Como ejemplo acudimos al que expuso el Consejo Fiscal: el supuesto del sujeto que introduce el nombre y datos de la víctima en una página de contactos; en este caso la conducta es única, pero provoca que la víctima sea atosigada con llamadas de terceros que han acudido al reclamo de dicho anuncio.

b) Sobre la naturaleza de las conductas realizadas y que configuran el tipo delictivo, en nuestro derecho no existe unanimidad doctrinal sobre este apartado.

⁴⁵⁷ La RAE define el término insistir como "*instar reiteradamente, persistir o mantenerse firme en algo, repetir o hacer hincapié en algo*".

Tampoco el derecho comparado puede servir de ayuda para aclarar esta cuestión, pues las distintas legislaciones de tradición anglosajona y europea no dan una respuesta clara sobre la naturaleza u origen de las conductas a realizar por el *stalker* para poder incriminar tal conducta.

Autores como MATALLÍN EVANGELIO consideran que la dicción del precepto es clara en el sentido de referir la reiteración e insistencia al ámbito de una misma de dichas conductas⁴⁵⁸.

Sin embargo otros autores, como VILLACAMPA ESTRIARTE consideran que la exigencia típica de reiteración no se circunscribe a la misma modalidad prevista legalmente, sino que admite su combinación entre las distintas modalidades de conducta del 172 ter. Expone la autora, al referirse a los actos realizados por el sujeto, que *debe tratarse de una serie de actos concatenados, en que, sin embargo, no existe uniformidad de pareceres sobre el periodo de duración del acoso o la frecuencia que éstos deben tener, pudiendo, además, tener muy distinta naturaleza (envío reiterado de regalos, llamadas telefónicas –terror telefónico–, persecuciones, merodeos, envíos reiterados de e-mails o cartas, demanda de mercancías a nombre de la víctima, difamación, allanamientos e incluso agresiones) y tratándose en ocasiones de conductas socialmente aceptadas de ser singular o aisladamente consideradas* ⁴⁵⁹.

Esta es ciertamente la postura que compartimos, toda vez que de la redacción del artículo no se desprende la exigencia de que la pluralidad de conductas venga referida a un mismo comportamiento. Debemos entender, adelantándonos a la enumeración de las mismas, que el hecho delictivo se cumple cuando la víctima ve alterada gravemente sus rutinas diarias, a consecuencia de una actuación del autor que ha sido insistente y reiterada. Y el objetivo se puede lograr con la reiteración de un mismo patrón o con la conjugación de varios de ellos.

⁴⁵⁸ MATALLÍN EVANGELIO, Á., “Delito de acoso (172 ter)”, *op. cit.*, epígrafe 28.

⁴⁵⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012”, *op. cit.*, p.18.

No consideramos que las conductas descritas en el artículo 172 ter deban estudiarse, aplicarse y pensarse por separado, pues cada una de ellas puede contribuir, por ella misma o en unión a otra/s, a crear un clima de inseguridad a la persona que las sufre, logrando así la configuración del marco delictivo.

El artículo hace una distinción entre la descripción de la conducta típica (el acoso, la repetición, la falta de legitimación y el resultado de alterar gravemente la rutina de la víctima), y los distintos comportamientos que integran el tipo delictivo, recogidos en los ordinales 1 a 4 del 172 ter. Dichos puntos demuestran diferentes formas de perfeccionar la acción constitutiva de delito, sin que –como decíamos-- de la dicción literal del artículo se desprenda la necesidad que la repetición del acoso que conlleva la modificación grave de las rutinas de la víctima deba darse en referencia al mismo punto cardinal. Si bien es cierto que el texto referido expresa el acoso insistente y reiterado sin legitimación mediante *la realización de alguna de las conductas siguientes*, consideramos que este apartado no excluye que las conductas pueden afectar a distintos apartados de los ordinales que expresa el artículo.

3.1.3.- Falta de legitimación para realizar las conductas. Cuestiones prácticas que presentan problemas de aplicación del tipo.

De acuerdo con la redacción del tipo, el acoso –o persecución– debe emprenderse por parte de quien no esté legítimamente autorizado. Se enlaza así con una premisa extrapolable a otros artículos del mismo capítulo, como es el caso de las coacciones.

Precisamente al hacer referencia al delito de coacciones, MORÁN MORA, citando a TORÍO, expone lo siguiente: *"la posibilidad de que medie una causa de exclusión de antijuricidad es en algunas figuras delictivas tan significativa, que la ley abandona el método mencionado* (la acción típica es también antijurídica de no estar presente una

causa de justificación) y exige el examen de la antijuricidad de forma independiente"⁴⁶⁰.

Indica esta autora que la cláusula del artículo 172.1 no es más que una revisión a las causas de justificación, disculpando la reiteración de la conducta puesto que, según la tesis mayoritaria de la doctrina, se producen en la convivencia diaria numerosas situaciones susceptibles de ser tildadas como una coacción; por eso entiende necesario que legislador haga especial hincapié en el requisito de la falta de legitimación.

MORÁN MORA recuerda también que la advertencia de legitimación incluida en el tipo de coacciones tiene el efecto práctico, al menos formal, de cerrar el paso al proceso penal. Dicho de otro modo: no es lo mismo la coacción legítima que una coacción que ulteriormente es justificada total o parcialmente.

Citando a TORÍO, la autora entiende que nos encontramos ante un *elemento positivo*, no bastando con la comprobación de la ausencia de causas de justificación: la autoridad judicial ha de comprobar positivamente que la conexión entre acción concreta y fin a que se dirige es socialmente censurable, es decir, que no puede estimarse como medio justo para la consecución de un fin socialmente probado.

Esta postura, que los autores aplican al delito de coacciones, la comparte también el Código Penal alemán. Dicho Código prevé en su parágrafo 240 la cláusula de reprobabilidad. Según el apartado segundo de dicho parágrafo, la acción sólo es antijurídica si la violencia o amenaza con un mal ha de estimarse reprobable a la vista el fin perseguido⁴⁶¹.

Por su parte, el Tribunal Supremo parece adoptar una solución ecléctica en esta materia, al referirse a un supuesto de coacciones. Reúne ambas doctrinas, cuando exige que *"los actos en que la violencia se concrete han de ser ilícitos desde la perspectiva de*

⁴⁶⁰ MORÁN MORA, C., *De las coacciones*. En QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Pena*", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 253.

⁴⁶¹ Así lo indica el §240 (2) StBG cuando expone: "(1) Quien constriña a una persona de forma antijurídica con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, por una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa (2) El hecho es antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin perseguido se considere como reprochable. (...)".

las normas de convivencia social y jurídica", y que el sujeto no esté "*legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación*"⁴⁶². Todo ello respecto de las coacciones.

La exigencia de la prueba fehaciente sobre la legitimación es aplicable, a nuestro entender, al supuesto de *stalking* estudiado en el presente trabajo, considerando que debe probarse la existencia de esta legitimación en la autorización para evitar la perfección de la conducta típica.

Por otro lado, MORÁN MORA hace un apunte interesante cuando se refiere al delito de coacciones, que podemos entender igualmente extrapolable al caso del acoso, siendo la misma redacción: esta autora expone que el artículo 172.1 destaca que la autorización debe ser *legítima*, lo cual significa que no basta la existencia de aquella, sino que tal autorización debe haber sido otorgada conforme a parámetros ajustados a la legalidad en virtud de personas o instituciones con potestad para ello⁴⁶³.

Consideramos, como lo hizo esta autora al estudiar el delito de coacciones, que estamos ante una autorización previa y expresa, que debe ser legítima no sólo desde punto vista formal, sino también desde el punto de vista *material*⁴⁶⁴.

De la consideración de este requisito como elemento positivo del tipo o como simple revisión a las causas de justificación dependerá la apreciación de un error de tipo o de un error de prohibición en el supuesto en que el autor de la conducta prevista en el precepto crea estar legítimamente autorizado para llevar a cabo uno de los comportamientos expuestos en el artículo 172 ter.

Y si se considera que un error sobre la concurrencia de utilización legítima constituye error de tipo, resultará que la vencibilidad de dicho error podría conllevar la impunidad de la conducta, puesto que, de acuerdo con las reglas del artículo 14 del

⁴⁶² Sentencia núm. 1379/1997 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de noviembre, siendo Ponente D. MARTÍN CANIVELL, FJ 2º.

⁴⁶³ MORÁN MORA, C., *op. cit.*, p. 254.

⁴⁶⁴ Cf. MORÁN MORA, C., *op. cit.*, p. 253-254.

Código Penal, el error tipo vencible se castigará como imprudente *en su caso*, esto es, siempre que ello sea posible; de aquí la impunidad esta conducta, puesto que de la exigencia del cumplimiento de la estructura típica se deduce que el delito de acoso no puede cometerse de forma culposa (con independencia de que se admita o no la existencia de un dolo específico en esta figura delictiva), por lo que, en previsión del artículo 12 del Código Penal, los actos cometidos quedarían impunes como delito de stalking, sin perjuicio de que lo fueran como delitos de otra naturaleza.

Por contra, ello no sucederá si se considera que el error sobre la concurrencia de autorización constituye un error de prohibición, ya que en caso de ser vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados (artículo 14.3 Código Penal)⁴⁶⁵.

Volviendo a los términos propios del artículo 172 ter, de cuyo estudio nos venimos ocupando, debemos señalar que el derecho español no es el único que requiere la falta de legitimación para proceder a la tipificación de la conducta de acoso.

Ya el Código Penal californiano, al definir el término de acoso en su artículo 649.9, requiere que el propósito perseguido por el autor sea *no legítimo*.

Australia, por su parte, no apreció este requisito ni en la redacción original del delito de *stalking* que realizó Queensland, ni aprovechó la reforma de 1999 para hacerlo. Tampoco lo hicieron el resto de Estados de Australia cuando legislaron sobre el *stalking* entre los años 1993 y 1995.

En el derecho europeo, Austria no recoge concretamente la expresión *falta de autorización*, pero sí reconoce este supuesto de manera tácita, al describir el delito de *stalking* como *una conducta continuada en un largo periodo de tiempo que resulta adecuada para perjudicar de manera inadmisibile el modo de vida de la víctima (...)*⁴⁶⁶.

En Alemania, el StBG acepta la acción como antijurídica únicamente si el comportamiento realizado ha de estimarse reprobable a la vista del fin perseguido, como hemos visto anteriormente. De esta manera, el juez deberá comprobar positivamente que la conexión entre la conducta realizada y el fin al que se dirige es censurable no se

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 254. Veremos la apreciación del error en el tipo delictivo en el punto 7.2 de este mismo capítulo.

⁴⁶⁶ Ver punto 1.2.3 de este mismo capítulo.

encuentra amparado en ninguna legitimación que permita al autor valerse de los comportamientos decretos a fin de alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima⁴⁶⁷.

La necesidad de la falta de legitimación para castigar el delito de *stalking* se prevé también en el derecho irlandés, que entiende la falta de legitimación pasiva como condición necesaria para consumir el tipo delictivo.

Igualmente, la legislación holandesa prevé la necesidad de que la conducta descrita como delito se haya cometido de manera *ilegítima*.

El requisito de falta de legitimación podemos encontrarlo asimismo en las legislaciones de Reino Unido o Malta. Sin embargo en estos casos, esta condición se deja ver a través de la interpretación *a contrario sensu* de un conjunto de cláusulas exculpatorias. Así, el artículo 1 (3) del *Protection from Harassment* establece una serie de situaciones en las que el delito de *stalking* no estará penado, por considerar legitimados ciertos comportamientos, como son: *i) el realizado con el objeto de prevenir o evitar un delito; ii) el realizado al amparo de la ley o para cumplir con cualquier condición o requerimiento impuesto por una persona con derecho a ello, o iii) que en las concretas circunstancias el ejercicio de dicho discurso de conducta fuera razonable*⁴⁶⁸.

Entendemos, con todo, que la incursión de tal premisa en la descripción de la conducta típica añade un valor de seguridad a la hora de penalizar conductas que, bien pueden ser constitutivas de delito, bien pueden quedar subsumidas en actuaciones profesionales, como podremos observar a continuación.

Podemos advertir que, con semejante elemento negativo del tipo –referido, sin embargo, a la antijuridicidad de la conducta–, el legislador deja fuera del tipo acciones que de otro modo podrían hallarse justificadas generalmente mediante el recurso a la eximente de cumplimiento de deber o de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo del Artículo 20.7 CP, en los mismos términos en que ésta resultaría aplicable en tales

⁴⁶⁷ Ver punto 1.2.3 de este mismo capítulo.

⁴⁶⁸ Ver punto 1.2.3 de este mismo capítulo.

contextos⁴⁶⁹.

VILLACAMPA ESTRIARTE pone como ejemplos de lo dicho anteriormente los casos de persecuciones producidas en el marco de una investigación criminal o las realizadas con objeto de hacer efectivo el derecho a la libertad de información, que como es sabido, puede entrar en colisión con derechos como el honor o la intimidad, sin que sea preferente la tutela de dicha libertad en los casos en que no contribuya a la formación de la opinión pública, como sostiene doctrina constitucional sentada⁴⁷⁰.

A pesar de que la exigencia de falta de legitimación ha sido finalmente incluida en el tipo penal, son varias las posturas discrepantes sobre la inclusión de este apartado, tanto institucional como doctrinal.

De esta manera, el Consejo de Estado, en su informe sobre el Anteproyecto de la Reforma del Código Penal, de 16 de enero de 2013, sugiere dar una nueva redacción a determinadas expresiones que contiene el apartado primero del artículo 172 ter, y en concreto de la expresión *"sin estar legítimamente autorizado"*. Apunta el Informe que *"de la lectura del mismo podría desprenderse, a contrario sensu, la posibilidad de acoso en caso de que se esté legítimamente autorizado cuando, evidentemente, el acoso, en sí mismo, en ningún caso podría estar justificado o amparado por la norma. Cuestión distinta -continúa- es que determinadas conductas que seguidamente enumera el precepto puedan estar legitimadas por razón de quien las lleva a cabo (a modo de ejemplo: la conducta de "vigilar, perseguir o buscar la cercanía física" llevada a cabo por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, podría estar legítimamente autorizada pero en ningún caso puede configurarse como un "acoso legítimo)"*.

El Consejo de Estado entendió necesario dar una nueva redacción al precepto con el fin de evitar el efecto indicado.

⁴⁶⁹ Cf. VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acoso", *op. cit.*, p. 28.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 28.

Los autores se han posicionado mayoritariamente en contra de la aplicación de esta premisa a la hora de configurar el tipo delictivo del acoso o *stalking*. Hacen hincapié en la improcedencia de su incursión y en la innecesidad de situar dicha premisa entre la descripción de la conducta típica del delito.

Así, MAGRO SELVET considera este elemento del tipo algo realmente superfluo y sorprendente, porque no se entiende esta referencia a que alguien pudiera estar legitimado para llevar a cabo conductas de acoso. Por ello, recuerda que ya el citado informe del Consejo de Estado al Anteproyecto consideró que era preferible, por innecesaria, obviar esta mención, aunque los únicos que lo pueden estar son las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado que investigan a un sospechoso de cometer un hecho delictivo⁴⁷¹.

Por su parte, VILLACAMPA ESTRIARTE entiende que, puesto que de lo que con el elemento de la falta de legítima autorización se trata es de clarificar que quedan fuera del tipo conductas de persecución legítima, *resulta innecesaria la referencia a la autorización, sobre todo atendiendo a que la legitimidad de las conductas a las que generalmente resultará aplicable dicho elemento no dependerá de la observancia de un régimen de autorización administrativa o judicial específica –quizá ello se requiera en mayor medida en los supuestos de investigaciones criminales, pero no así en los de ejercicio de la profesión periodística–*⁴⁷². Considera así que sería suficiente con que el tipo se refiriese a la ilegitimidad de la persecución, pese a que un tipo de redacción mucho más tradicional como el de las coacciones contenga la escasamente acertada referencia a la ausencia de autorización legítima.

MATALLÍN EVANGELIO también ofrece una visión crítica sobre la inclusión del

⁴⁷¹ MAGRO SERVET, V., “El delito de *stalking* o acoso en la violencia de género en la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, p.5.

⁴⁷² VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 28.

apartado “sin estar legítimamente autorizado”. Expone esta autora que la tipicidad de las conductas de acoso del Artículo 172 ter se condiciona legalmente a su realización *sin estar legítimamente autorizado*. Legítima autorización que unida con el término acoso - por naturaleza ilegítimo-, supone un contrasentido legal, que conduce a afirmar la existencia de acosos legítimos, lo que, evidentemente, resulta insostenible⁴⁷³.

Como argumentábamos al comienzo del presente apartado, el reconocimiento de la existencia de acosos *legítimos* en alguna de sus manifestaciones típicas (vigilancia, búsqueda de proximidad física...) deriva de la consideración del Artículo 172 ter como modalidad específica de coacciones, que sigue la estructura de dicho tipo penal. Y es que el Artículo 172 CP también prevé la posibilidad de que el empleo de la violencia para impedir hacer lo que la Ley no prohíbe, o para obligarle a efectuar lo que no quiere, puede estar legitimado.

Sin embargo, el ineludible significado de actividad ilegítima del acoso, unido al resto de exigencias típicas del Artículo 172 ter impide sostener la posible existencia de acosos legítimos, ni siquiera por parte de los garantes de la seguridad, ciudadana -- miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado--, o por parte de los familiares --padres, madres, tutores, etcétera--.

Desde el punto de vista de nuestro derecho, compartimos la postura doctrinal, mayoritaria, entendiendo que el término *acoso* conlleva por sí mismo una conducta típica que, en consonancia, no es equiparable al ejercicio de una actividad legitimada.

No obstante, no podemos sino observar la pertinencia de esta expresión en una de las conductas típicas que señala el artículo y que vamos a estudiar en los apartados siguientes, y que se localiza en el primer punto: “1. La vigile, la persiga o busque su cercanía física”. En este supuesto podemos encontrarnos con el caso de que exista un

⁴⁷³ MATALLIN EVANGELIO, A., “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, op. cit.*, ep. 28.

comportamiento que *formalmente* presente los rasgos propios de delito, pero que sin embargo el mismo se haya producido amparado en una autorización o legitimación para desarrollar tal actuación.

Pensemos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando, en el ejercicio de sus funciones, estén investigando a algún sospechoso, y a consecuencia de dicha investigación se produzca una serie de seguimientos, controles de localización o de horarios del investigado (lo que *formalmente* implica encontrarse realizando la conducta típica prevista en el apartado 1º del artículo 172 ter. del Código Penal).

Imaginemos que este sospechoso se da cuenta del seguimiento al que está sometido, produciéndose en él una sensación de *acoso* insistente y reiterado, puesto que los agentes lo siguen de manera continua. Imaginemos también que dicho control hace a nuestro sospechoso modificar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

Visto lo anterior, concluimos que el agente ha realizado la conducta prevista en el apartado 1º del artículo 172 ter.1 del Código Penal, y que además se cumplen las previsiones del primer apartado de dicho artículo para ser penado: el sujeto se siente acosado debido a las conductas insistentes y reiteradas de los agentes, lo que le lleva a alterar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

Pues bien, entendemos que únicamente con la previsión que establece el apartado primero del artículo 172 ter cuando se refiere a "sin estar legítimamente autorizado" las conductas que realizan los agentes en cumplimiento de su deber quedarían alejadas del tipo delictivo, ya que al hacerlo de esta manera, actuarían de acuerdo con la "*lex artis*", por tanto, el comportamiento de los agentes sería lícito en cualquier caso, y la expresión referida nada aporta ni es necesaria para exculpar a quien obra según su deber.

En este caso, decimos, la legitimación que otorga la ley al agente que realiza estas labores de seguimiento es lo que hace posible la desvinculación del agente con la

comisión del tipo delictivo de *stalking*.

Cuestiones prácticas que presentan problemas de aplicación del tipo

El requisito de falta de legitimación no es un supuesto de asentamiento pacífico por la doctrina, como hemos tenido oportunidad de estudiar. A la discusión sobre la cuestión se le suman una serie de situaciones controvertidas donde la existencia y límites de la legitimación no se encuentra claramente diferenciada.

Se trata de los supuestos de delito provocado, agente encubierto, detectives privados y escraches. Pasamos a analizar estas figuras.

I. Delito provocado y al agente encubierto

Caso distinto al que hemos hecho referencia en las líneas anteriores es el del delito provocado y el agente encubierto.

Como hemos adelantado ya, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están legitimadas por su profesión y fines a perseguir a sospechosos aunque tengan que llevar a cabo alguna de las conductas descritas en el tipo penal al que nos venimos refiriendo. Incluso en algunos casos mediante la técnica del denominado delito provocado, que podría darse en la conducta, por ejemplo, de un agente de policía que para descubrir a un sospechoso de *stalking* contacta con él para después recibir la conducta de acoso o acecho cuando esta se niega a persistir en su relación con el acosador. Es este un tema interesante y en el que hay que recordar que *la existencia del delito provocado supone que este agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito.*

Es decir, que el agente provocador es quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por éste, sería delito provocado; existe una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008⁴⁷⁴ realiza una síntesis de lo que se puede entender como **delito provocado**, por remisión a otras sentencias de esta misma Sala, estableciendo lo siguiente: *“El delito provocado es aquel en el que la policía instiga a un tercero que no tenía intención de delinquir, instigación que se hace con fin de provocar la detención de los implicados, por lo que toda la operación se encuentra, ab initio, bajo el control policial”*.

Promulga esta sentencia la existencia de tres elementos esenciales del delito provocado:

1. *Un elemento subjetivo*, constituido por la incitación desarrollada por el agente policial en un tercero para que cometa un delito. Es la creación del dolo de delinquir en un tercero, bien que esta inducción sea engañosa, lo que ignora el sujeto provocado.

2. *Un elemento objetivo/teleológico*, constituido por la detención del sujeto provocado y de otros que puedan existir.

3. *Un elemento material*, constituido por la total ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque toda la operación desde su ideación está bajo control policial. No hay tipicidad penal por lo que no cabe acción punible.

Concluye sobre esta cuestión la sentencia afirmando que *“Se trata de una rechazable e inadmisibles actuación policial que traspasa claramente los límites de la legalidad que deben constituir una barrera infranqueable para todo agente policial, la cita del Artículo 11 de la LOPJ en cuanto determina la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades públicas, devendría de inexcusable aplicación, siendo por tanto nulo todo lo obtenido por esta vía. Nada hay más desmoralizador que el funcionario policial, garante del ordenamiento jurídico se convierta en su infractor. Ninguna eficacia policial puede predicarse de esta actitud. No existen atajos. La policía debe prevenir el delito no instigar a su comisión”*.

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo 571/2008, el delito provocado es

⁴⁷⁴ Sentencia núm. 1065/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de septiembre, siendo Ponente D. JIMÉNEZ GARCÍA, J., Fundamento Jurídico Segundo.

una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspasa los límites de la legalidad.

Figura distinta sería la figura del **agente provocador** tendente a poner de manifiesto --y por tanto a acreditar-- una situación o actividades criminales ya existentes sin que el agente haya injertado o creado el dolo en tercera persona, sino que ésta ya tiene decidido un actuar delictivo de forma libre y autónoma y la actividad del agente solo tiene por finalidad sacar a la luz tal actividad.

Y es que, ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida, reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito.

En la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas, y podríamos encontrarnos en el supuesto de ser una mecánica a realizar por los agentes si no hay otra forma de localizar y probar el delito por el sospechoso.

Frente al delito provocado y el agente provocador, debemos hacer mención al **agente encubierto**, modalidad recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 282 bis y que ha sido modificada recientemente en virtud de la Ley Orgánica 13/15⁴⁷⁵. De acuerdo con la reciente modificación, el/la juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer determinados delitos, pudiendo incluso el agente encubierto llegar a intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos⁴⁷⁶. Esto supone un avance considerable en la lucha contra los delitos referidos, puesto que

⁴⁷⁵ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

⁴⁷⁶ Sobre esta figura *vid.* GARCÍA GONZÁLEZ, J., "Oportunidad criminal...", *op.cit.*, p. 18-27.

permite al órgano investigador penetrar en el contexto delictivo en el que se desarrolla la acción, y le permite operar “desde dentro”, debiendo hacerlo, como no podría ser de otra manera, bajo el control y supervisión judicial y en aras a un fin: descubrir los delitos investigados y sus circunstancias concretas.

La figura del delito provocado, siendo rechazable en la teoría general, también deberá serlo en el delito de acoso, y el sujeto que provocare la comisión del tipo sería castigado con arreglo a las normas del Código Penal.

El concepto de agente provocador conlleva que el sujeto que materialmente realiza la acción tenga ya decidido actuar en contra de los intereses de la víctima. Podría ser de aplicación en el caso de hostigamiento, aunque, tal y como hemos señalado, deberá ser la prueba en el caso concreto la que conduzca a la aplicación o no de esta figura.

El agente encubierto tendrá cabida en la figura del *stalking*. En cualquier caso, en este supuesto, igual que en el caso del agente provocador, deberá tenerse siempre presente la condición de la víctima; ésta podrá sentir como la conducta delictiva hacia su persona o bienes permanece en el tiempo, aun habiendo denunciado los hechos; en ocasiones esta permanencia y la presencia del agente provocador o encubierto será necesaria para averiguar los detalles del hecho delictivo, e incluso el autor de los mismos. Imaginemos que una víctima es acosada por un desconocido, o alguien intenta ponerse en contacto con ella de manera continua e insistente; en estos casos, podrá estimarse necesaria la incursión de un agente encubierto a fin de averiguar el autor de los hechos denunciados, y entre tanto, la víctima podrá continuar padeciendo las hostilidades del acosador. Obviamente, una vez judicializada la causa, se deberán adoptar medidas para que los intereses de la persona denunciante no se vean alterados. Igualmente, la medida para la investigación de los hechos deberá durar el tiempo estrictamente necesario para atender a los fines de la investigación.

II. Detectives privados

La Lecrim otorga unas directrices y normas claras sobre la regularización y

aplicación del agente encubierto, como hemos tenido oportunidad de comprobar.

No obstante, existen supuestos en los que personas distintas a las mencionadas anteriormente pueden realizar conductas que, *formalmente*, podrían incardinarse en alguno de los supuestos del artículo 172 ter. 1, y que sin embargo dichos comportamientos pueden ser justificados. Nos referimos al papel que desempeñan los detectives privados.

Hemos tenido la oportunidad de estudiar que el Tribunal Supremo, al estudiar el delito de coacciones, ya advirtió que *"los actos en que la violencia se concrete han de ser ilícitos desde la perspectiva de las normas de convivencia social y jurídica"*, y que el sujeto no esté *"legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación"*⁴⁷⁷, exigencia que consideramos será aplicable, a nuestro entender, a la posible justificación en el supuesto de *stalking* estudiado en el presente trabajo, debiendo probarse la existencia de esta legitimación en la autorización para evitar la perfección de la conducta típica.

Y no sólo eso, sino que en relación con lo que estableció MORAN MORA, no bastará la existencia de justificación formal; tal autorización, además, deberá haber sido otorgada conforme a parámetros ajustados a la legalidad en virtud de personas o instituciones con potestad para ello⁴⁷⁸.

Para poder valorar la naturaleza de la intervención de estos profesionales, debemos señalar la existencia de dos vertientes que conforman su actuación: la formal y la material.

1.- Aspecto formal.- La configuración de la actividad de los detectives privados viene recogida en la ley 1/2014, de Seguridad Privada⁴⁷⁹.

El artículo 26.1 del texto establece que *"El personal de seguridad privada estará integrado por: vigilantes de seguridad y su especialidad de vigilantes de explosivos, los*

⁴⁷⁷ Sentencia núm. 1379/1997 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de noviembre, siendo Ponente D. MARTÍN CANIVELL, FJ 2º.

⁴⁷⁸ MORÁN MORA, C., *op. cit.*, p. 254. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, C, *EL "Derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio"*, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I. (Directora), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, *op. cit.*, p. 47 y siguientes.

⁴⁷⁹ Ley 1/2014, de 4 de abril, de *Seguridad Privada*, BOE núm. 83, de 5 de abril.

escoltas privados, los guardas rurales y sus especialidades de guardas de caza y guardapescas marítimos, los jefes de seguridad, los directores de seguridad y los detectives privados”.

Para el desarrollo de sus respectivas funciones, los detectives privados deben cumplir los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en la mencionada Ley:

i) Requisitos objetivos. El personal de seguridad privada habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación o reconocimiento del Ministerio del Interior, con el carácter de autorización administrativa, en expediente que se instruirá a instancia de los propios interesados. En concreto, la habilitación o el reconocimiento para el ejercicio de la profesión de detective privado requerirá la inscripción en el registro específico regulado en el mencionado reglamento⁴⁸⁰.

Además de lo anterior, la Dirección General de la Policía llevará un Registro de detectives privados con despacho abierto, en el que figurarán todos los datos de identificación, incluido el número de orden de inscripción. De hecho la reseña del despacho en dicho Registro es *conditio sine quanon* para comenzar el desarrollo de las funciones del detective privado y/o detectives asociados, sin que quepa la publicidad de las actividades propias de los detectives privados sin estar inscrito en el Registro.

ii) Requisitos subjetivos o personales. El artículo 28 de la Ley 1/2014 establece una serie de premisas que deben cumplir aquellas personas físicas que pretendan ostentar el título de detective privado. Distingue la Ley los requisitos generales que han de cumplir los profesionales del ámbito de la seguridad privada, que se encuentran en el mencionado artículo 28, y los propios de cada especialidad, recogidos en los artículos siguientes⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, artículo 27.

⁴⁸¹ El artículo 28 establece lo siguiente: *“Para la habilitación del personal y en todo momento para la prestación de servicios de seguridad Para la obtención de las habilitaciones profesionales indicadas en el artículo anterior, los aspirantes habrán de reunir, los siguientes requisitos generales: a) Tener la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o ser nacional de un tercer Estado que tenga suscrito con España un convenio internacional en el que cada parte reconozca el acceso al ejercicio de estas actividades a las nacionales de la otra; b) Ser mayor de edad; c) Poseer la capacidad física y la aptitud psicológica necesarias*

De esta manera, además de los requisitos generales, el apartado cinco del artículo 54 exige a los detectives privados que a) Estén en posesión del título de Bachiller, de Técnico Superior, de Técnico en las profesiones que se determinen, u otros equivalentes a efectos profesionales, o superiores; y que b) Estén en posesión de diploma de detective privado, reconocido a estos efectos en la forma que se determine por Orden del Ministerio del Interior y obtenido después de cursar las enseñanzas programadas y de superar las correspondientes pruebas.

La actuación de los detectives privados no podrá ser general e indiscriminada. La Ley establece claramente las funciones de los detectives privados en su artículo 37. Dicho artículo determina que los detectives privados, a solicitud de personas físicas o jurídicas, se encargarán de:

a) Confeccionar los informes de investigación relativos a los asuntos que tuvieren encargados.

b) Asegurar la necesaria colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando sus actuaciones profesionales se encuentren relacionadas con hechos delictivos o que puedan afectar a la seguridad ciudadana.

c) Ratificar el contenido de sus informes de investigación ante las autoridades judiciales o policiales, cuando fueren requeridos para ello.

Además de delimitar las funciones de estos profesionales, la Ley prohíbe expresamente que los detectives realicen investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento y poniendo a su disposición toda

para el ejercicio de las funciones; d) Estar en posesión de la formación previa requerida en el artículo 29; e) Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos; f) No haber sido sancionado en los dos o cuatro años anteriores por infracción grave o muy grave, respectivamente, en materia de seguridad privada; g) No haber sido separado del servicio en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o en las Fuerzas Armadas españolas o del país de su nacionalidad o procedencia en los dos años anteriores; h) No haber sido condenado por intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen, vulneración del secreto de las comunicaciones o de otros derechos fundamentales en los cinco años anteriores a la solicitud; i) Superar, en su caso, las pruebas de comprobación que reglamentariamente establezca el Ministerio del Interior, que acrediten los conocimientos y la capacidad necesarios para el ejercicio de sus funciones”.

la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido, relacionados con dichos delitos⁴⁸².

La Ley les prohíbe igualmente utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones⁴⁸³, lo que evita caer en la confusión entre la labor profesional de los detectives privados y el delito de descubrimiento o revelación de secretos previsto en el artículo 197 del Código penal o conductas análogas.

2.- Aspecto material.- Este apartado se refiere a la naturaleza de las funciones realizadas por los detectives privados, sobre las que hemos realizado una breve descripción en el punto anterior.

Formalmente, hemos visto que el artículo 48 describe las actuaciones que puede desarrollar el detective privado; el profesional de este campo podrá ejercitar su labor dentro de los parámetros establecidos en este apartado.

Es obvio que las funciones del detective privado pueden consistir en múltiples actividades. En este caso, prestaremos especial atención a los comportamientos del detective que *formalmente* adquieren apariencia de la conducta delictiva del acoso previsto en el artículo 172 ter, es decir: que se trate de labores de vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física, y que las mismas hayan sido realizadas de manera insistente y reiterada, provocando una sensación de acoso en el investigado tal que le haya llevado a modificar sustancialmente su vida ordinaria.

Si partimos de la base de que el detective estará cumpliendo con su deber y se ceñirá a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley, deberemos prestar atención a *la intencionalidad* del contratante a la hora de encomendar un encargo al detective.

El fin perseguido por el contratante de los servicios del detective privado servirá, a nuestro entender, para diferenciar las situaciones legitimadas social y legalmente en

⁴⁸² *Íbid.*, Artículo 10.2.

⁴⁸³ *Íbid.*, 10.1.

nuestro ordenamiento jurídico, que tienden a averiguar una determinada situación del sujeto investigado, de aquéllas otras situaciones en las que el detective es “instrumentalizado” por el contratante para cometer una acción delictiva.

Para el estudio de la acción desarrollada por el detective privado, analizamos la posición del profesional y la del contratante:

i) Posición del detective privado. Partiremos de la diligencia en el cumplimiento del deber del profesional, y salvo que se demuestre lo contrario, entendemos que las funciones desarrolladas por éste quedan bajo el marco de protección del artículo 48 de la Ley. Esto, al menos, será así desde la comprensión del profesional.

Si el profesional entiende que su trabajo se está realizando en el marco de alguno de los supuestos que recoge el artículo 48, respetando las prohibiciones expuestas en el artículo 10 de la Ley, podemos decir que la actividad del sujeto queda *legitimada* por la propia redacción del artículo 48, si queda comprobado el cumplimiento de los requisitos formales de los artículos 26 y concordantes.

Además, en caso de que el sujeto investigado instara denuncia contra los detectives, los mismos podrían invocar como causa de exención de la responsabilidad el *legítimo ejercicio de un oficio*, previsto en el artículo 20.7 del Código Penal⁴⁸⁴.

ii) Posición del contratante del servicio de detective privado. En el momento de recibir el encargo, el profesional examinará la concurrencia de los requisitos legales exigidos para poder aceptar el mismo. La intención del sujeto al contratar el servicio de los detectives privados quedará en la esfera personal del contratante.

Como hemos analizado anteriormente, las funciones del detective privado quedan recogidas en el artículo 48 de la Ley. Una las funciones, que puede que sea la más interesante para el tema que nos ocupa, es la posibilidad de que dichos profesionales puedan obtener y *aportar información y pruebas sobre conductas o hechos*

⁴⁸⁴ En este supuesto podría asemejarse a la labor del *agente encubierto*, antes analizado si bien en el caso del detective privado, el mandato se realiza en un área privada, mientras que el agente encubierto actúa en el marco de la función pública, siendo por tanto el propio Estado el que le encomienda dichas funciones.

privados, o de delitos sólo perseguibles a instancia de parte, que será la que realice el encargo.

Por *hechos privados*, la Ley entiende como tales las que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados⁴⁸⁵.

Si la intención del mandante al realizar el encargo es perseguir alguno de los fines amparados en el artículo 48, la labor del detective quedará *legitimada* social y legalmente. Sin embargo, ¿Quiere esto decir que en los casos en que se pretenda averiguar datos económicos, laborales o mercantiles, siempre estará justificada la persecución o vigilancia de una persona, la cual se pueda sentir acosada?

Entendemos que la respuesta debe ser negativa: ante una persecución o vigilancia hacia una persona, la cual se siente acosada y debe modificar a consecuencia de dicha persecución su vida rutinaria, la misma podrá presentar denuncia por acoso, tal y como prevé el propio artículo 172 ter del Código Penal.

Ante la apariencia formal de lo que podría ser una conducta delictiva de acoso prevista en el primer apartado del artículo 172 ter., 1, el sujeto activo, que en este caso sería el detective privado, podría, como hemos dicho antes, alegar el cumplimiento de un oficio legitimado y amparado por la ley. Por su parte, el que ha realizado el encargo, deberá probar que existen razones suficientes para haber encargado esta función la detective privado.

Las meras alegaciones vagas e imprecisas sobre cuestiones económicas, o familiares, del sujeto investigado, podrían dar lugar a la puesta en contraposición del derecho a la libertad deambulatoria del investigado y el derecho a la información del mandante de la vigilancia.

Será el sujeto que ha encargado la vigilancia el que deberá probar la existencia de indicios suficientes que hagan valorar a la autoridad judicial que el mismo estaba *legítimamente autorizado* para encargar la investigación a los detectives privados. En el supuesto de que la autoridad judicial entienda que esta incursión en la intimidad de la

⁴⁸⁵ Ley 1/2014, artículo 48.

persona que ha desembocado en una situación de acoso no se encontraba suficientemente legitimada, podríamos encontrarnos ante un delito de acoso previsto en el artículo 172 ter del Código Penal, pudiendo, en su caso, aplicarle la teoría del error de ley, en una interpretación tal vez algo forzada del artículo 14 del Código penal.

Podemos encontrarnos también en el supuesto en que el sujeto que encarga la labor de investigación pretenda, realmente, acosar a la persona investigada. En este caso, el sujeto activo será la persona que encarga la investigación. El/la detective privado/a podrá situarse en dos planos:

a) Si los detectives privados estuvieran al tanto de las intenciones verdaderas del autor al contratar sus servicios, además de las responsabilidades disciplinarias o correctoras que pudieran tener en el ejercicio de sus funciones, incurrirían en responsabilidad penal, al actuar como cómplices e incluso como cooperadores necesarios en el desarrollo de la conducta delictiva constitutiva de acoso.

b) En caso de que el investigador crea que desarrolla sus funciones en el marco legal establecido en el artículo 48 y concordantes de la Ley, nos encontraremos ante un supuesto de *instrumentalización*; el sujeto activo habrá *utilizado* a los investigadores para cometer la conducta delictiva prevista en el artículo 172 ter del Código Penal. En este supuesto, los detectives privados podrán probar el legítimo ejercicio de sus funciones amparados en el artículo 20.7 del Código Penal, como ya hemos comentado anteriormente.

A raíz del último punto, podríamos plantearnos si cabe la apreciación del error en los comportamientos de los detectives privados.

El detective que descubre que la intención del contratante es la de perpetrar el delito de acoso y no el de realizar alguna de las funciones permitidas en la Ley, podría haber incurrido en un error sobre el fin perseguido, pudiendo llegar a pensar que se persigue un fin legítimo cuando en realidad no lo es. Entendemos que sería de aplicación

la teoría del error sobre el hecho constitutivo de infracción penal, y dependiendo de las circunstancias en las que se hubiera desarrollado, podríamos llegar a aplicar la invencibilidad o no del propio error.

También debemos advertir que la funciones del detective, aunque se encuentre habilitado y ostente la condición de tal, o es ilimitada, pues la Ley 1/2014 prohíbe expresamente emplear, para sus investigaciones, medios que ataquen la intimidad de la persona investigada; y la legitimación que ostenta el profesional o puede servir de excusa para justificar conductas que formalmente serían constitutivas de delito. Por tanto, si el comportamiento del detective reiterado e insistente produce una situación de acoso en la víctima, que le hace modificar sustancialmente su modo de vida, la legitimación en la que se ha amparado decae a favor de la protección de los derechos de la persona investigada.

Frente a ello podríamos preguntarnos por qué este límite se aprecia para los caos del agente encubierto o el agente provocador, y la respuesta es clara: en estos últimos supuestos, los agentes actúan bajo el mandato judicial, previa autorización de un/a juez, en la investigación de hechos presuntamente constitutivos de delito. Sin embargo, el detective no actúa en estas esferas –de hecho la Ley expresamente prohíbe al detective investigar sobre hechos presuntamente constitutivos de delito—por lo que sus actividades están fuera del control judicial. Asimismo, por muy preciso que pueda resultar saber la verdad sobre determinadas situaciones, esta necesidad tiene que ponerse en relación con el derecho a la intimidad y propia imagen de la persona investigada, derecho reconocido constitucionalmente, que podrá verse vulnerado con el comportamiento del detective. Se hace necesario, por tanto, ponderar los intereses legítimos del detective al desarrollar una actividad profesional, los intereses de la persona que le encarga el trabajo por conocer la verdad de una determinada situación, y el interés de la persona vigilada por su propia libertad.

III. Escraches

Antes de 2011 la palabra *escrache* era desconocida en el vocabulario español. Sin embargo, en los últimos años ha ganado protagonismo, pasando a ser conocida por los

operadores sociales, políticos y jurídicos de nuestro país. Para el desarrollo de este término y su evolución seguiremos el esquema de BUENO DE MATA, en su artículo *Tratamiento procesal de los escraches a través de Internet*, de 2014⁴⁸⁶.

Recuerda BUENO DE MATA que desde 2011 la situación económica y la confianza en la clase política se ha venido deteriorando, y la indignación espontánea que configuró el movimiento 15-M evolucionó a un tipo de manifestaciones más incisivas, usándolas como medida de presión focalizada en temas más concretos, como puede ser el caso de los desahucios, o ante determinadas personas, en su mayoría políticos o personas relacionadas con el sector bancario.

Una de las manifestaciones de la revolución social que supuso el 15-M fue la aparición de los llamados “*escraches*”: una presión no violenta hacia los dirigentes que impulsen iniciativas políticas o legislativas que deterioren el Estado de bienestar. El término fue acogido de Argentina, pues esta palabra se empezó a utilizar en este país desde el año 1995 cuando varias personas iban a manifestarse a la casa particular de Carlos Menem por una serie de indultos hacia personas relacionadas con la dictadura argentina⁴⁸⁷.

En síntesis, podemos entender el término *escrache* como “*una manifestación que se realiza frente al domicilio privado de una persona para denunciar una situación de una forma pacífica, sin agredir físicamente a ninguna persona y respetando el inmueble de la persona afectada*”⁴⁸⁸.

En el momento en que los escraches comenzaron a ser conocidos, y los afectados por estos a denunciarlo ante las autoridades, la Ley Orgánica 1/2015 no se encontraba

⁴⁸⁶ BUENO DE MATA, F., “Tratamiento procesal de los escraches a través de Internet”, La Ley Penal, n.º 107, marzo-abril de 2014, p.1 y 2.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 2, citando el reportaje de Eldiario.es: «El escrache: de Argentina al mundo», http://www.eldiario.es/sociedad/escrache-escrachar-argentinahijos-represion_0_107790094.html.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 3.

aún en vigor. En cualquier caso, los Tribunales, como ya hemos apuntado en más de una ocasión, remitían estos supuestos a conductas referidas al acoso inmobiliario o al delito de coacciones.

Llamativo es el caso del auto de la Audiencia provincial de Madrid, dictado el 10 de diciembre de 2013, el cual deriva de unas diligencias que se incoaron por los hechos acaecidos en las inmediaciones del domicilio particular de la vicepresidenta del Gobierno; se produjo una concentración numerosa de personas, no comunicada previamente, que había sido convocada por la Plataforma afectados por la Hipoteca frente a su domicilio, protestando contra la política de desahucios. La concentración duró unos 20 minutos⁴⁸⁹. El auto de la Audiencia concluye que no queda demostrado que la finalidad perseguida sea la de quebrantar la voluntad política de la Vicepresidenta. Sin porte de armas, ni uso de violencia sobre las personas, ni fuerza en las cosas.

En este sentido, recuerda BUENO DE MATA que *“el derecho a «la crítica admisible» respecto a políticos en ejercicio se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentido amplio, sin que esto signifique que los políticos no tengan derecho a la intimidad o al honor, pero sí que dichos derechos deben ser ponderados con otros derechos colectivos, como el de manifestación o libertad de expresión, atendiendo siempre a estos últimos con ciertas puntualizaciones. Así, todo tiene un límite, y no por ser político en ejercicio está permitido todo, pues, como bien dice el juez en el auto recurrido, «el derecho de reunión y manifestación no ampara el insulto, la amenaza, la*

⁴⁸⁹ Auto n.º 81/14 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, de 29 de enero de 2014, Ponente D.º. VALLDECABRES ORTIZ, I. Entendieron los Magistrados firmantes del auto, en contra de lo que considera el Ministerio Fiscal, que no puede presumirse ni desprenderse del aludido comportamiento una actuación constitutiva de delito. Exponían que considerar delictivo el efecto persuasivo que pueda provocar una protesta en las personas a quienes va dirigida, implicaba desconsiderar las exigencias típicas propias del delito de coacciones tipificado en el artículo 172 del Código Penal. Recordaba que la Sala Segunda del Tribunal Supremo consideró que el delito de coacciones requería como elementos objetivos *“una dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: Impedir a alguien hacer lo que la ley no prohíbe o compélele a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto y que tal actividad se plasme en una conducta de violencia (...) Esta utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz, causal respecto al resultado perseguido”*.

coacción o el uso de la fuerza», *entendiendo esto último en sentido amplio*⁴⁹⁰”.

El escrache en sí mismo considerado, como hemos tenido oportunidad de apreciar, queda amparado en la libertad deambulatoria y de expresión. Sin embargo, no cualquier manifestación quedará protegida por los derechos fundamentales antes vistos. Al valorar el escrache deberemos ponderar si, junto a la libertad de expresión y de reunión, coexisten otros derechos como la libertad individual de la persona que recibe el escrache. Antes de la existencia del delito de *stalking*, los jueces y tribunales no disponían de una figura propia en el Código Penal que les permitiera valorar una situación de acoso frente a manifestaciones como las relatadas anteriormente.

¿Quiere esto decir que la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto la penalización de los actos constitutivos de escrache?

La respuesta debe ser que no.

Partimos de la propia definición de esta palabra: se trata de una manifestación *pacífica*, realizada frente al domicilio privado de una persona, con el fin de denunciar una situación, sin agredir físicamente a ninguna persona y respetando el inmueble de la persona afectada.

El propio término define el escrache como una conducta pacífica y no agresiva. Las conductas amparadas en esta definición entrarán necesariamente en el ámbito de la libertad deambulatoria, de reunión y de expresión, aunque tales concentraciones puedan resultar molestas para el que las sufre, el cual, si así lo desea, podrá hacer valer sus derechos ante la jurisdicción civil, si se dan los requisitos para ello.

En el caso en que la manifestación adolezca de violencia, o cause perturbaciones en el inmueble de la persona afectada, o se realice con fuerza, no nos encontraremos ya ante un escrache, sino que entraremos en la esfera delictual. Y será de aplicación la doctrina del error en caso de que el sujeto que haya realizado el escrache conociera o

⁴⁹⁰ *Íbid*, p.3, citando sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976, § 24 (*Handyside c. Reino Unido*), y de 8 de julio de 1986, § 41 (*Lingens c. Austria*), y con ello concuerda nuestro Tribunal Constitucional, con la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 602/97.

no la ilicitud de la conducta, y en caso negativo, si hubiera tenido o no posibilidades reales o no de conocerla⁴⁹¹.

Si la concentración se realiza de manera que evita el legítimo disfrute de la vivienda a la persona afectada, podríamos analizar el supuesto desde el punto de vista del acoso inmobiliario. Si además se realiza causando daños, o amenazando a la persona afecta, sumaríamos conductas delictivas y deberíamos aplicar la teoría concursal dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

Pero, en lo que se refiere al escrache en sí mismo considerado, por su propia definición, no podemos sino entender que se trata de un comportamiento libre de tintes delictivos. Lo explicó el auto de la Audiencia de Madrid, y lo hizo también el Tribunal Supremo. No es labor del derecho penal forzar la interpretación de las normas penales para que comportamientos antes no penados tengan cabida en los preceptos previstos en el Código penal, si ello supone una recreación artificial de los tipos penales previstos para cada ocasión.

Tras lo expuesto hasta ahora, no podemos sino entender que, para calificar el comportamiento de escrache como constitutivo de un delito de acoso, debe constatarse una relación medio-fin entre el medio comisivo violento y la lesión de la libertad de actuación, esto es, de la instrumentalización de la violencia para la consecución del citado fin.

3.1.4.- Momento de la consumación: Alteración de la vida cotidiana de la víctima

La introducción de un nuevo delito de *acoso* se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley por pretender «dar respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata

⁴⁹¹ Sobre este tema, ver BUENO DE MATA, F., “Ciberterrorismo: tratamiento procesal y penal del terrorismo del futuro”, en CARRIZO GONZÁLEZ CASTELL, A. *Estudios actuales en Derecho y Ciencia Política*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013, p. 313-321.

de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente un 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»⁴⁹².

Nos hallamos ante un delito de resultado cuya consumación requiere que *efectivamente* el autor de los hechos logre que el sujeto pasivo altere gravemente su vida cotidiana. Este requisito, más allá de conformar la conducta típica del delito de *stalking*, podemos decir que enlaza directamente con la estructura del delito; y es que el delito de *stalking* se perfecciona, pues, cuando el sujeto activo logra que la víctima varíe gravemente su rutina, como ya tuvimos ocasión de ver.

Consecuencia necesaria de todo ello será la admisión de las formas imperfectas de ejecución. Estamos hablando del supuesto en que el sujeto activo intenta, sin conseguirlo, imponer violentamente una determinada conducta, ya sea de acción o de omisión. Cosa diferente es que tenga sentido político-criminal castigar, en muchos casos, el delito de *stalking* intentado.

La tipicidad de cualquiera de las conductas descritas en el Artículo 172 ter depende de que produzcan como resultado *una grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto*.

MATALLÍN EVANGELIO realiza una serie de observaciones respecto de la expresión "*alteración grave de la vida cotidiana*":

1.- Necesidad de realizar una interpretación restrictiva de esta expresión, dada la amplitud e indeterminación de la misma, la cual carece, además, de precedente histórico en nuestro ordenamiento.

Solo desde un entendimiento restrictivo se podrá evitar indeseables excesos punitivos, que podrían conducir a la punición de conductas molestas, que no obstante poder afectar, en ocasiones, de modo importante el desarrollo de dicha vida cotidiana,

⁴⁹² Ley Orgánica 1/2015, Exposición de Motivos XXIX.

no dejan de ser conductas inocuas, cuya resolución debe instarse a través de otros mecanismos, sociales o jurídicos, distintos al Derecho penal.

2.- Imprecisión a la hora de configurar los elementos que conforman el concepto de vida cotidiana. Y ello conlleva un peligro aún mayor porque, a juicio de esta autora, *como en toda la redacción de esta figura delictiva las imprecisiones se construyen sobre otras indeterminaciones iguales o mayores, de manera que a la laxitud y fragilidad de lo cotidiano, se une la impresión de la gravedad de la alteración, también laxa e imprecisa, que a su vez se construye sobre una serie de conductas también ambiguas e indeterminadas.*

3.- Disparidad de situaciones que puedan tener cabida en el concepto de grave alteración de la vida cotidiana. Y estas distintas situaciones pueden llegar a afectar a distintos bienes jurídicos, conjunta o separadamente.

La autora expone, a modo de ejemplo, la posible afectación a la libre ejecución de la voluntad con carácter exclusivo, si a consecuencia de actos sucesivos de persecución la víctima modifica intensamente sus hábitos diarios (cambiando de móvil, casa, trabajo).

Pueden encontrarse afectados, sin embargo, una pluralidad de objetos de tutela --libertad y otros bienes jurídicos distintos--, si además de modificar sus hábitos de conducta de forma grave, se genera por ejemplo una lesión física o psíquica necesitada de tratamiento médico, lo que determinará la problemática de la posible vulneración del principio *ne bis in idem* si sancionáramos las dos conductas.

4.- También pueden tener cabida en este concepto situaciones muy molestas, que, no obstante ello, deben ser intrascendentes para el derecho penal. Lo cierto es que éstas últimas, que en ocasiones generan importantes modificaciones de hábitos diarios, deben sustraerse del ámbito de aplicación del Artículo 172 ter, evitando que el propio devenir de la vida cotidiana, susceptible de alterarse por muchas causas --graves unas y otras no--, reforzada por la previa imprecisión de las conductas típicas, configuren

un tipo sin límites inadmisibles desde la óptica de los principios penales⁴⁹³.

Y es que el 172 ter no configura un derecho a no ser molestado, un derecho a apartar a los demás de la vida del sujeto afectado, equiparable al derecho a excluir la invasión de la intimidad domiciliaria, postal o de las comunicaciones, eliminando cualquier contacto in consentido --aunque sea visual; al contrario, debemos entender este precepto como un atentado a la libertad --y en ocasiones añadiendo un ataque al derecho moral-- por lo que debemos velar por una aplicación restrictiva del significado de la expresión *grave alteración de la vida cotidiana*, exigiendo la producción causal de una grave perturbación del orden de la vida diaria --evaluable objetivamente, de acuerdo con un parámetro general de víctima--, que para evitar excesos punitivos debe complementarse, como en toda figura típica, con la exigencia de un mínimo contenido lesivo para el bien jurídico protegido⁴⁹⁴.

Entiende BAUCELLS LLADÓS que la *alteración grave de la vida cotidiana* de la víctima está relacionada necesariamente con el acoso de tipo psicológico más que moral, ya que supone una incidencia directa en el equilibrio emocional de la persona, produciendo sentimientos de desasosiego, preocupación e inseguridad, vulnerando así la libertad del sujeto pasivo⁴⁹⁵.

Por nuestra parte, consideramos imprecisa la incorporación de la expresión estudiada para la configuración del tipo penal, y ello sobre la base de las siguientes razones:

⁴⁹³ Sobre estos puntos, Cf. MALLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, op. cit., p. 576.

⁴⁹⁴ *Ibid.* Añade la autora, citando a GALDEANO SANTAMARÍA, y GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, que “*Ello cualquiera sea la opción final adoptada en este punto, esto es, tanto si éste se sitúa en la fase de formación o de ejecución de la libertad, según los casos, considerando el 172 ter como una modalidad específica de coacciones o amenazas (que algunas autoras consideran de menor entidad, y con un minus de exigencia lesiva sobre la libertad que los citados tipos tradicionales, o incluso como un tipo híbrido entre el delito de amenazas y coacciones, como si defendemos que el objeto de tutela es la integridad moral)*”.

⁴⁹⁵ BAUCELLS LLADÓS, J., “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento”, en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Directora), *El proyecto de reforma del código penal de 2013...*, op. cit., p. 10.

i) *Inseguridad jurídica*.- En la línea expuesta por BAUCCELLS LLADÓS, entendemos que la insistencia del legislador de ir llenando los tipos penales de requisitos subjetivos y objetivos puede generar inseguridad jurídica.

Lo dispuesto anteriormente conlleva una dificultad sobrevenida a la hora de proponer y practicar prueba al efecto. No se trata, como en el delito de maltrato psicológico, de que se tenga que aportar al juicio una prueba pericial psicológica sobre la que se acredite la afectación a la psique de la víctima de esa situación de acoso o acecho, ya que de ser así nos encontraríamos con dos particularidades:

a) En el caso de víctimas más fuertes mentalmente resultaría que el acosador podría ejercer estas conductas sin que constituyan delito.

b) Podrían surgir problemas concursales con delitos contra la integridad moral, de maltrato o de naturaleza similar.

Por ello la propia declaración de la víctima junto con otros medios de investigación que se considere necesario aportar (constancia de cambio de rutinas, coincidencia en el tiempo de este cambio con la actitud del sujeto activo, etc), ya es una de las pruebas a tener en cuenta para poder entender que el delito del Artículo 172 ter CP se ha cometido.⁴⁹⁶

ii) *Tendencia a incluir tácitamente el término “temor” como parte del tipo delictivo*.- No podemos obviar que, al estudiar la expresión “*alteración de la vida cotidiana de la víctima*”, nos encontramos ante un requisito finalista de la conducta. Y el resultado de *alteración grave de la vida cotidiana* podría llevar a pensar, *a priori*, que se ha causado *temor* al sujeto pasivo, el cual modifica sus rutinas como consecuencia del miedo generado por el sujeto activo.

Sin embargo, lo cierto es que el tipo delictivo español no requiere que se cause temor, requisito que ya hemos visto sí se requiere en otros ordenamientos jurídicos, como el americano, los cuales consideraran el *stalking* como «*a course of conduct directed at a specific person that would cause a reasonable person to feel fear*», es decir,

⁴⁹⁶ En este sentido, MAGRO SERVET, V., “El delito de stalking o acoso ...”, *op. cit.*, 6.

que esa conducta «causa temor en una persona», lo que es obvio que lo consiga⁴⁹⁷.

Compartimos el punto de vista de MAGRO SERVET, el cual se muestra en contra con que la reacción de miedo o temor de la víctima sea un elemento del tipo. Y ello debido a que, de ser, así la consumación del tipo delictivo dependería de lo psicológicamente fuerte que fuera una persona⁴⁹⁸.

Por ello entendemos que el temor no puede considerarse un elemento del tipo como tal⁴⁹⁹. Se persigue sancionar conductas en las que se incida en el día a día de la víctima, mediante seguimientos y/o envío de mensajes diciéndole donde ha estado, que la ha perseguido, etc, consiguiendo trasladar esa inquietud a la víctima, y siendo preciso el conocimiento de la víctima de los comportamientos del autor. La exigencia de la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima pasa necesariamente por que ésta conozca todos (o parte) de los comportamientos del autor y que, a consecuencia de estos actos, haya modificado su rutina.

Por lo tanto, y en sentido contrario, los comportamientos que queden dentro de las conductas definidas en los cuatro apartados del artículo 172 ter pero que no fueran conocidos por la víctima y que no dieran lugar a un cambio en las rutinas de la vida cotidiana de ésta quedarían, en principio, fuera del ámbito de aplicación del presente artículo, sin perjuicio de sancionar los comportamientos descritos en los apartados anteriores con arreglo las disposiciones de conductas delictivas distintas al acoso (daños, descubrimiento y revelación de secretos, usurpación de identidad), o incluso según las normas del derecho civil (atentados contra la intimidad, el honor, etc).

⁴⁹⁷ En el *Model Anti-stalking Code*, revisado en 2007 y renombrado *Model Stalking Code for States (revisited)*. También el Derecho irlandés define el acoso, y lo entiende: a) como una acción dolosa o imprudente de interferencia seria en la paz y la privacidad del otro, o que provoca alarma, angustia o daño a otra persona, y b) como un temor causado a persona que le haga sentir que su paz y privacidad pudieran ser atacados, o causen alarma, angustia o daño de que pudieran serlo. Sobre este tema, ver punto 1.2.1 de este mismo capítulo.

⁴⁹⁸ Cf. MAGRO SERVET, V., *El delito de stalking o acoso ...*, *op. cit*, p 1-2.

⁴⁹⁹ Sobre vigilancia en red y violencia de género, *vid.* GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Director), *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012.

iii) *Falta de concreción sobre qué se puede considerar una “alteración grave de la vida cotidiana”*.- No existen referencias históricas sobre un precedente parecido en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que será la jurisprudencia la que concrete los parámetros de la expresión estudiada.

Como ya se ha expuesto, legislaciones como la alemana, aunque tampoco describen con detalle el resultado típico de afectación a la víctima, sí exige que se produzca un **grave deterioro del estilo de vida de la víctima**, expresión concretada por la doctrina, la cual afirma que se debería tratar de un delito habitual⁵⁰⁰.

Por lo que respecta a nuestro derecho, el ámbito de imprecisión del giro afecta casi a la totalidad de la propia locución.

En primer lugar, el término de *alteración grave*. No se aportan medios para determinar el nivel de gravedad de la alteración; únicamente expone que la misma deberá ser *grave*. Es por ello por lo que serán los Tribunales los que deberán apreciar la intensidad de los cambios realizados por el sujeto, tras analizar que los mismos vienen condicionados por las actuaciones del sujeto activo.

En segundo lugar, la expresión “*vida cotidiana*” es un término que excede del campo del derecho penal, impregnándose de otras disciplinas como son la social, psicológica o incluso económica. Ya hemos apuntado que la vida de las personas no es un conjunto de actos dispuestos de manera ordenada, en línea recta, imposibles de alterarse si no es por causas previstas y regladas. Más bien al contrario, los quehaceres de las personas obedecen a impulsos y condiciones que escapan a las razones del mundo penal, por lo que un sujeto podrá alterar sustancialmente sus rutinas, de un día para otro, sin necesidad de verse alterado por los comportamientos de terceros; podrá ser un conjunto de causas las que lleven a un sujeto a modificar las pautas seguidas, si es que sigue alguna rutina en su vida (que tampoco tendría por qué hacerlo).

Por todo ello, la imposición de este tipo delictivo --y la consiguiente pena que se

⁵⁰⁰ Sobre este punto, Cf. MENDOZA CALDERÓN, S, *op. cit.*, haciendo referencia al StGB, parágrafo 238 párrafo 1.

le pudiera imponer-- deberá pasar por hacer prueba en los Tribunales de que el sujeto pasivo ha modificado gravemente su vida cotidiana probando, en primer lugar, cuál era esa vida cotidiana, en segundo lugar, que la tenido que alterar gravemente, y en tercer lugar, que la modificación ha venido condicionada por la conducta delictiva del sujeto⁵⁰¹.

3.2.- Modalidades de conducta

La realización de la estructura típica del delito de *stalking* conllevará la comisión de un acoso reiterado e insistente sobre la víctima, determinante de la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana.

Pero para poder perseguir las actuaciones constitutivas de delito de hostigamiento, será preciso que la estructura típica se complemente con alguna de las modalidades de comisión delictiva previstas o con la concurrencia de varias de ellas.

El artículo 172 enumera las siguientes:

- Vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física;
- Contacto o intento de contacto a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas;
- Uso indebido de los datos personales de una persona para adquirir productos, contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella;
- Atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

De la dicción literal del artículo no podemos menos que comprobar la

⁵⁰¹ La falta de precisión con la expresión alteración grave de la vida cotidiana nos recuerda a lo que sucedía en el derecho penal con el término habitualidad. El Código penal del 95 introdujo esta palabra en su artículo 153, siendo los jueces los encargados de valorar el término, teniendo en cuenta criterios como los establecidos en la jurisprudencia o los parámetros de las circulares fiscales, pues no existía un concepto propiamente legal al que acogerse para determinar el número y/o gravedad de actos que se requería para apreciar la habitualidad; tampoco si era necesario el dictamen de sentencia o bastaba el procesamiento o incoación de diversas causas de esta naturaleza. Finalmente, por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, se incorpora la definición de habitualidad, estableciendo lo siguiente: *“Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*.

heterogeneidad de las conductas que el tipo contempla⁵⁰².

Además, debemos señalar que, no obstante que el delito de acoso es un tipo común, presenta especialidades por razón del sujeto sobre el que recae la acción, en concreto cuando ésta se realiza sobre personas especialmente vulnerables o sobre alguna de las que menciona el artículo 173.2 del Código Penal. El análisis de la comisión del delito sobre estas personas lo realizaremos en el apartado referido a los sujetos activo y pasivo, debido a la incidencia o valor que tienen –dentro de esos tipos agravados- las características de sujeto.

Veamos en detalle cada una de las conductas previstas en el delito.

3.2.1.- Vigilancia, persecución, búsqueda de cercanía física

La primera de las clases de comisión del delito de acoso queda integrada, a su vez, por tres comportamientos distintos, pudiendo perfeccionarse la conducta delictiva al realizar cualquiera de ellos: vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física (siempre que tal conducta haya cumplido los requisitos previamente estudiados, estos son, reiteración, acoso, falta de legitimación y que todo ello haya provocado la modificación sustancial de la vida ordinaria de la víctima).

El artículo las configura como conductas típicas alternativas, cuando realmente no responden a realidades ni siquiera similares. La vigilancia y la persecución son las

⁵⁰² Así, establece MATAILLIN EVANGELIO, A., “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, ep. 28, p. cit. p. 576-577, que “*El carácter abierto del acoso típico, que puede derivar prácticamente de cualquier conducta de un sujeto en su interacción con otro, con contacto o con intento de contacto --a través de terceras personas o utilizando distintos medios de comunicación--, atentando de cualquier forma contra su libertad o patrimonio, o, para ser aún más laxos, sin realizar más conducta que hablar con un tercero para que contacte con la víctima si previamente no te ha dado su consentimiento para ceder sus datos personales, supone una flagrante vulneración de las garantías del principio de legalidad, que dejará al ciudadano en una suerte de inseguridad jurídica, desde la que toda su actuación (ej. actos de cortejo reiterado no deseados por el destinatario) será susceptible de encajar en el nuevo delito de acoso personal*”. Esta autora expone abiertamente sus críticas a la enumeración de las acciones típicas que formula el artículo 172 ter, entendiendo que la inseguridad será aún mayor si tenemos en cuenta, además del carácter abierto de las conductas de acoso típico, el significado absolutamente imprevisible para la ciudadanía de la palabra *acoso*, enlazando con ciertas conductas que nada tienen que ver con la libertad ni con la integridad moral, sino directamente con otros bienes jurídicos, como por ejemplo el patrimonio.

formas más comunes de acoso y se pueden llevar a cabo en cualquier ambiente e infligir angustia a la víctima, incluso sin comunicación directa. Sin embargo, el término búsqueda parece más bien aludir a un estadio previo a la realización de conductas de acoso propiamente dicho, lo que llevaría a cuestionar su idoneidad como conducta típica alternativa.

Prueba de lo que acabamos de exponer es que, si observamos las legislaciones de los estados y países que han regulado el delito de acoso, aquéllos que han descrito las conductas delictivas, no enumeran éstas de la misma manera que lo hace el Código español.

Así, en el Código californiano, al regular el delito de *stalking* en su artículo 646.9, castiga a quien *intencionada, maliciosa y repetidamente sigue o acosa a otra persona*, sin incluir, por tanto, conductas como la persecución o búsqueda de cercanía física.

Canadá, por su parte, prevé el delito de *stalking* como conformado por la descripción de varias conductas distintas, entre las que se incluye la de *“acudir repetidamente al lugar al que acude normalmente una persona”* o *“acudir repetidamente a la vivienda de la víctima o persona conocida por ella, o a su lugar de trabajo o lugares que frecuente”*.

Australia incluye como conductas típicas del delito de *stalking*, entre otras, la de *“seguir, merodear cerca, observar o aproximarse a la víctima”* y *“merodear cerca, observar, aproximarse o entrar en el lugar donde la persona vive, trabaja o eventualmente se encuentra”*.

Austria incluye entre las comisiones típicas del delito de *stalking* la de buscar la proximidad física de la víctima; Dinamarca, en una descripción abierta, hace alusión a las molestias de cualquier forma causadas al sujeto pasivo.

Alemania, en parecido sentido a lo que expone el artículo 172 ter.1.1º de nuestro Código Penal, habla de la *“búsqueda –por el autor– de la proximidad en el espacio con la víctima”*, sin hacer alusión al resto de verbos que expone el Código español en el referido punto; lo mismo sucede con Portugal: en su articulado hace referencia a la persecución o persistencia en el enfoque físico no deseado por el autor hacia la víctima,

sin utilizar otros términos para describir la conducta típica.

Otros países, principalmente los de corte anglosajón, se caracterizan por la ausencia de descripción exhaustiva de las modalidades de comisión del delito, por lo que la acción será más abierta, debiendo ser el juzgador el que, a la vista del caso concreto, determine si una acción determinada tiene carta de naturaleza como para formar el tipo requerido según la legislación pertinente⁵⁰³.

De todas las conductas recogidas en el artículo 172 ter de nuestro Código Penal, puede que en este apartado sea donde mejor se aprecie la necesidad de relacionar los comportamientos *insistentes* y *reiterados* a los que hacíamos referencia en apartados anteriores con la modalidad en cuestión, esto es, la vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física.

Y es que solo un comportamiento de esa naturaleza en la persecución, vigilancia y búsqueda de cercanía podrá generar la comisión del hecho delictivo (siempre que se cumplan el resto de los requisitos recogidos en el primer apartado del artículo 172 ter).

Respecto de las dos primeras conductas (vigilancia y persecución), entiende MATALLÍN EVANGELIO que el sentido de los actos de vigilancia y persecución como formas típicas de acoso enlaza con la exigencia de su frecuente realización y de la creación de un clima ofensivo derivado de su inoportunidad y de su carácter in consentido, entendiéndose que *“la vigilancia o persecución en dos únicas ocasiones quizás no reúna la gravedad necesaria determinante de la grave alteración de la vida cotidiana, siendo preferible la exigencia de al menos tres actos de vigilancia o persecución para entender que reúnen la entidad suficiente para la aplicación del precepto”*⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Sobre el derecho comparado, ver punto 1.2 de este mismo Capítulo.

⁵⁰⁴ MATALLÍN EVANGELIO, A., “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. op. cit.*, p. 577.

Como indicábamos al comienzo del presente apartado, y compartiendo la postura de esta autora, enlazamos los verbos vigilar y perseguir con los términos insistir y reiterar, que a su vez entroncan con la idea de repetición.

Respecto de la tercera conducta, búsqueda de cercanía física, mantenemos lo expuesto en párrafos superiores en lo que se refiere al número de actos.

Sin embargo, si bien el número de acciones a realizar puede ser equiparable a los dos comportamientos anteriormente mencionados, debemos realizar una serie de precisiones sobre esta modalidad de conducta:

1.- *Qué se puede considerar como cercanía*: Esta cuestión también se la plantea MATALLÍN EVANGELIO, que se pregunta qué distancia puede considerarse cercana o no. Entendemos que este apartado vulnera las exigencias de taxatividad asociadas al principio de legalidad, pudiendo, asimismo, contradecir las implicadas en el principio de ofensividad, que no se superan ni siquiera por la exigencia de que como consecuencia de esa proximidad física se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana.

Consideramos que no es posible establecer un modelo *standard* en la aplicación de este precepto, pues dependiendo de las circunstancias, valorará el Tribunal la cercanía expuesta en el artículo, entendiendo que esta cercanía debe ser tendente directamente a lograr el acoso de la víctima y con éste, la alteración de su vida cotidiana. La perfección del delito se logrará si conseguimos enlazar la cercanía del autor hacia la víctima con la modificación de su vida rutinaria, sin que el número de metros de distancia sea un factor determinante para contemplar la consumación o no del tipo delictivo.

Ya contemplábamos al estudiar la *alteración grave de la vida cotidiana*, que el desarrollo de esta vida cotidiana está integrado por un conjunto de hábitos diarios, los cuales pueden alterarse de forma importante por situaciones muy molestas que, no obstante ello, deben ser intrascendentes para el derecho penal.

La propia maleabilidad de la vida cotidiana, susceptible de alterarse por muchas causas, refleja la imprecisión del resultado exigible, siendo necesario un estudio

pormenorizado no sólo de la conducta típica realizada por el autor, sino también un estudio sobre la prueba tendente a descubrir las razones que han llevado a la presunta víctima a alterar sustancialmente su modo de vida, para concluir, en su caso, que este cambio se ha debido a un comportamiento típico del infractor.

2.- *Relación con la expresión “sin estar legítimamente autorizado”*.- Como vimos en el apartado anterior, la conducta queda destipificada en el caso que, aun existiendo búsqueda de cercanía con la víctima, el autor se encuentre legitimado para ello.

La vigilancia o persecución legítima puede ir asociada a los agentes autorizados por la autoridad judicial o policial que, en el ejercicio de sus labores, tengan encomendada la persecución del presunto autor de algún hecho delictivo.

Sin embargo, tratándose de la búsqueda de la cercanía física, este término enlaza directamente con los supuestos de violencia de género, donde la víctima, en caso de dictarse una orden de protección sobre su persona y contra el agresor, queda protegida de manera integral por distintas fuerza públicas, que contribuyen todas ellas a garantizar su seguridad y la de sus allegados.

3.- *Semejanza de la expresión “búsqueda de cercanía” con el derecho alemán*.- Alemania identifica la “*búsqueda –por el autor-- de la proximidad en el espacio con la víctima*” con el hecho de permanecer físicamente junto a la víctima, aunque sin necesidad de que entre víctima y autor haya contacto, o sin que sea precisa conducta amenazante, requiriéndose proximidad física o que la víctima perciba ópticamente al autor. Para el Código Penal alemán no basta, pues, con la observancia a distancia u oculta, que sí podría incorporar nuestro ordenamiento jurídico-penal, al incluir el “*acecho*” junto a la búsqueda de la cercanía física. Frente a la ampliación en la tipicidad de acciones que la inclusión del acecho pueda conllevar, cabe argumentar que lo determinante a efectos de dotar de real contenido de injusto al comportamiento delictivo es que efectivamente suponga una limitación a la libertad de obrar de la víctima⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, op. cit., p.29.

4.- *Dificultad para penalizar las formas imperfectas de comisión del delito.*

Mientras que en los dos primeros términos se emplean verbos consumados (labores de vigilancia, de persecución), en la búsqueda de la cercanía se exige que el autor tienda a lograr la cercanía física, no que la haya conseguido.

Nos preguntamos por qué en los dos primeros términos se exige una acción consumada mientras que en el tercero se castiga como hecho delictivo el intento de consumir la acción, esto es, de lograr una cercanía física.

La solución no es fácil. Analizando los términos por separado, observamos que la *búsqueda de la cercanía física*, en caso de darse, podría suponer la comisión directa de actos de vigilancia o de persecución; es decir, si el autor pretende acercarse a la víctima y estar junto a ella, y lo consigue, podríamos entender este comportamiento como *vigilancia*, (observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente, según la RAE), mientras que si esta búsqueda tiene como fin seguir a una persona por donde ésta vaya, y el autor lo consigue, esta figura podría subsumirse en el segundo de los términos del apartado primero del artículo 172 ter. 1 del Código Penal (persecución).

Por tanto, podemos concluir que si la acción del sujeto es la persecución o vigilancia de una persona, y esta acción se logra, quedaría la misma incardinada en las dos primeras modalidades de conducta, mientras que de no lograrlo, y pretender buscar esta cercanía, estaríamos ante el tercer supuesto.

Nos podríamos preguntar: *¿La sola búsqueda de la cercanía implica necesariamente que la víctima tenga que saber que está intentando acercarse a ella?*

La respuesta no puede menos que ser afirmativa, toda vez que el artículo 172 requiere un acto de acoso (que pasa necesariamente por un conocimiento de la víctima de la situación), un cambio grave de rutinas consecuencia del comportamiento del autor. Y, además de todo ello, adelantamos que el punto 4 del artículo 172 ter requiere denuncia previa para perseguir estos delitos, de la víctima o de su representante legal. No es concebible que se cumplan los requisitos del artículo 172 ter.1 sin conocimiento

de la víctima o su representante legal.

Por esto último, podríamos entender que si se trata de un menor o persona con discapacidad, pudiera no ser consecuente de los actos de acoso, ya que serían los tutores los que se darían cuenta de éste y en su caso alterarían las rutinas de los menores o discapaces.

De lo expuesto hasta ahora podemos deducir que los comportamientos fijados en el primer número del artículo 172 ter contemplan conductas heterogéneas, y en la realización del tipo pueden darse todas o alguna de ellas.

Sobre la referencia a la búsqueda de cercanía física, no existe una previsión legal sobre qué podemos considerar como tal. Serán los Tribunales los que valoren si la proximidad del autor a la víctima en el caso concreto puede asociarse al tipo de acoso, poniendo en relación este supuesto con el cumplimiento del resto de requisitos previstos legalmente.

En consonancia con lo expuesto, establece CÁMARA ARROYO que *“la inclusión del verbo vigilar de manera separada mediante disyuntivo del de perseguir y buscar la cercanía física hace posible la consumación del delito con la mera observancia por parte del sujeto activo no consentida por la víctima. No será necesaria, por tanto, la proximidad entre víctima y victimario para que pueda producirse el ilícito, bastando el acecho a distancia y oculto (por ejemplo, a través de dispositivos de vigilancia como cámaras, prismáticos, etc.), siempre que genere temor o intranquilidad a la víctima”*⁵⁰⁶.

Es importante señalar que sin visualización del autor por parte de la víctima, que no es necesaria para ninguna de las tres acciones –ni siquiera la última–, difícil será que se produzca una alteración ni grave ni leve en la vida de la víctima. Y será discutible el supuesto en el que se ejerza una mera vigilancia o seguimiento a través de las redes sociales; de cualquier modo, será necesario que la víctima haya modificado a consecuencia de estos hechos su vida ordinaria⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por *stalking*...”, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁰⁷ QUERALTJIMÉNEZ, J., “Derecho Penal. Parte Especial”, *op. cit.*, P. 177; MAGRO SERVET, V., “Los delitos de *sexting* (197.7) y *stalking* (172 ter) en la reforma del Código Penal”, ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado, de 16 de marzo de 2015, p. 15.

La legitimación del sujeto activo para buscar la proximidad del sujeto pasivo, aún en contra de su voluntad, exonerará al causante de los hechos de responsabilidad penal que en su caso procediera.

No queda justificada la diferencia de trato en el grado de participación del autor en la conducta delictiva entre los tres supuestos. Mientras que para las actuaciones de vigilancia y persecución se exige que el sujeto activo haya completado la acción para la perfección del tipo, en el caso de la búsqueda de cercanía, el propio término implica que la acción del autor basta que sea el *intento* de búsqueda de cercanía. En cualquier caso, en los tres supuestos será exigible, que queden cumplidos los requisitos del primer párrafo del artículo para la perfección del tipo.

3.2.2.- Establecimiento de contacto con la víctima

La segunda de las conductas recogidas en el artículo 172 ter se refiere al establecimiento o intento de establecimiento de contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

Siguiendo a VILLACAMPA ESTRIARTE, podemos afirmar que *nos hallamos ante una modalidad comisiva que integra una suerte de tipo de emprendimiento, puesto que no se requiere que se llegue a tomar contacto directo con la víctima, bastando con que se intente contactar con ella, por ejemplo mediante un allegado, empleando cualquier medio de comunicación, entre los que cabría incluir el teléfono, el correo electrónico, las redes sociales, o mecanismos menos ligados al empleo de las modernas tecnologías de la comunicación, como dejar mensajes en el parabrisas del vehículo o en el buzón de la víctima*⁵⁰⁸.

La conducta típica ahora estudiada se encuentra prevista en la mayoría de los estados y países que han legislado sobre la materia y que incluyen en su articulado una

⁵⁰⁸ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p. 29.

lista de modalidades de conductas típicas para conformar el delito de *stalking*, como tuvimos ocasión de comprobar.

De esta manera, países como Canadá recogen como conducta típica del delito de *stalking* el de comunicar directa o indirectamente con la otra persona o cualquiera conocido por ella.

Australia, por su parte, castiga como conducta propia del delito de *stalking* el contactar con la víctima de cualquier forma, incluyendo, por ejemplo, el teléfono, el mail o el uso de cualquier otra tecnología.

Austria entiende que el delito de *stalking* puede consistir –entre otras particularidades-- en *conseguir mantener contacto con la víctima a través de la telecomunicación o utilizando un medio de comunicación específico o mediante terceros*.

Alemania, en parecido sentido, incluye como modalidad delictiva el que el autor *intente establecer contacto con la víctima mediante el uso de medios de telecomunicación, medios de comunicación especiales o mediante terceras personas*.

Portugal, por su parte, castiga, entre otros, los comportamientos repetidos de comunicaciones no deseadas, es decir, cartas, mensajes de correo electrónico, SMS, llamadas telefónicas, o la difusión de imágenes privadas a través de Internet⁵⁰⁹.

La incursión de esta modalidad de conducta ha tenido serias críticas por la doctrina. Las mismas giran en torno a la forma imperfecta de comisión, el número de actos y la implicación de terceros en la conducta delictiva.

1.- *Sobre las formas de actuación del sujeto activo*.- Muchos son los autores que han criticado la inserción del término “intente establecer” como forma de comisión delictiva, situada al mismo nivel que la consecución de una conducta determinada.

De esta manera, ALONSO DE ESCAMILLA considera que castigar de la misma manera el intento de realizar la conducta delictiva con la realización efectiva de la misma contradice las reglas generales acerca de la punición de las formas imperfectas de

⁵⁰⁹ Sobre el derecho comparado, ver punto 1.2.3. de este mismo capítulo.

ejecución⁵¹⁰.

Por su parte MAGRO SERVET describe lo sorprendente de que se sancionen actos de tentativa como delito consumado, ya que se sanciona igual que este al que *intente establecer contacto con ella*, por lo que de probarse solo este intento se castigaría como si fuera consumado⁵¹¹.

MATALLÍN EVANGELIO considera inadmisibles la equiparación punitiva de los actos de tentativa y consumación, al sancionar con la misma pena tanto el contacto como su intento, lo que vulnera las más elementales exigencias del principio de proporcionalidad⁵¹².

Frente al sector crítico, es de destacar la postura mantenida por VILLACAMPA ESTRIARTE, la cual indica que, en un principio, podría aducirse que resulta desproporcionado equiparar penalmente al contacto efectivamente conseguido con la víctima los supuestos en que dicha comunicación tan sólo se intenta. *“Sin embargo, - establece la autora- debe tenerse en cuenta que cualquiera que sea la conducta típica realizada ésta debe constituir una forma de acoso/persecución insidiosa y disruptiva, que además debe de producir el resultado típico del delito, lo que debería ser suficiente para garantizar el mínimo contenido de injusto de la conducta. Así, los casos de tentativa de contacto difícilmente colmarán los requisitos típicos, salvo cuando hayan sido a través de persona interpuesta que sea quien finalmente advierta a la víctima del intento”*⁵¹³.

Compartimos la postura de esta autora, entendiendo que, independientemente de que la conducta del autor se haya consumado o sea cometida en forma imperfecta, lo cierto es que para que se produzca la conducta típica necesitaremos una alteración grave de las rutinas del sujeto pasivo, resultado del acoso al que se ha visto sometido consecuencia de los actos del autor.

Y si queda probado este acoso con un intento de ponerse en contacto con la

⁵¹⁰ ALONSO DE ESCAMILLA, A., op. cit., p. 8.

⁵¹¹ MAGRO SERVET, V., op. cit., p.9.

⁵¹² MATALLÍN EVANGELIO, A., “Acoso –stalking: Art. 172 ter”, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 589-592.

⁵¹³ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, op. cit, p. 29-30.

víctima, aunque no lo haya conseguido, entenderemos lesionado el bien jurídico protegido, cumpliéndose así los requisitos para la calificación de la conducta delictiva como tal.

Es decir, que el delito de *stalking* no se compone de elementos aisladamente considerados, si no que unos y otros deben relacionarse entre sí, para, en el momento de la prueba, comprobar que todos los elementos punitivos encajan y permiten la aplicación del tipo delictivo en cuestión.

2.- *Sobre el número de actos necesarios para calificar la modalidad delictiva como tal.*- No existe, de la misma manera que sucede en la anterior modalidad de conducta, una remisión legal al número de actos necesarios para entender cometido el hecho delictivo.

Compartimos la postura de MATALLÍN EVANGELIO, la cual entiende que la insistencia y reiteración de la conducta debería concretarse en la exigencia de su realización por tres o más veces para evitar excesos punitivos, ya que parece difícil que dos contactos o intentos de contacto, por ejemplo a través de internet, determinen la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana exigida por el tipo. En cualquier caso, ya hemos advertido que será el Tribunal, a falta de previsión legal expresa, el que determine , según el caso concreto, el número de actos necesarios para castigar un comportamiento como acoso, en relación con el resto de requisitos procedentes para ello.

En caso de que los actos contuviesen mensajes de gran carga amenazante, coactiva o de otra índole, podría producirse tal alteración incluso con un solo acto. Pero en tal caso estaríamos ante un supuesto típico distinto (amenazas, coacciones, etc), para el que ya disponíamos de una respuesta punitiva adecuada⁵¹⁴.

⁵¹⁴ MATALLÍN EVANGELIO, A., "Acoso –*stalking*: Art. 172 ter", ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 589-592.

3.- *Sobre la implicación de terceros en la modalidad delictiva.*- El artículo 172 ter prevé la posibilidad de que el autor se sirva de terceros allegados a la víctima para cometer los hechos delictivos.

MATALLÍN EVANGELIO critica la incorporación de esta expresión, entendiendo innecesaria la inclusión de esta modalidad, y aduciendo que la misma planteará problemas especiales de autoría mediata de difícil solución práctica (ej. la amiga del ex cónyuge que colabora en la aproximación de las partes...)⁵¹⁵.

Compartimos la opinión de la autora. Entendemos que la llamada a terceros puede suponer la *instrumentalización* de los mismos en la actuación delictiva del sujeto; deberemos, llegado el caso, analizar en profundidad el hecho concreto; de esta manera determinaremos si el autor ha cometido acoso contra la víctima valiéndose de tercero, o si por el contrario, el tercero ha terminado sintiéndose acosado por el autor, por lo que tendríamos dos bienes jurídicos distintos a proteger. El de la víctima inicial y el del tercero victimizado posteriormente.

De hecho, podríamos llegar al punto en que la víctima inicial no se sintiera acosada (imaginemos que no llega a enterarse del acoso, o que no lo siente como tal, o no denuncia), y que el tercero sí sintiera el acoso y en consecuencia alterara gravemente su rutina diaria. Nos encontraríamos ante un dilema sobre dolo directo o eventual por parte del autor, el cual pretendía acosar a la víctima inicial y quien termina sufriendo las consecuencias de sus acción es el tercero del que pretendía servirse para tal fin.

4.- *Sobre las formas de comunicación con la víctima.*- El establecimiento de contacto del sujeto activo con la víctima conlleva que se deban tener en cuenta las distintas formas de comunicación existentes hoy en día. Junto a los medios de comunicación tradicionales, surgen en los últimos tiempos maneras de establecer contacto íntimamente relacionadas con la aparición de nuevas tecnologías, que se deben valorar a la hora de calificar el delito de *stalking*.

⁵¹⁵ *Íbid.*, p. 590..

Y la incorporación de esta conducta delictiva es fruto, en parte, de la evolución de estas nuevas tecnologías; la llegada de internet, la proliferación de redes sociales, la mensajería instantánea... Estos medios son instrumentalizados por los autores de los hechos delictivos para llevar a cabo la actuación ilícita.

El acoso por internet es una de las vías más utilizadas en la práctica; además, resulta que en los supuestos de violencia de género (también en delitos de otra naturaleza) se puede añadir el hecho del anonimato que proporciona la red, ya que en estos casos el autor del *stalking* más que procurar o tratar que vuelva la víctima con él se esconde en la red y desde allí consigue hacerle daño moral o atemorizarla⁵¹⁶.

Es decir, -en palabras de MAGRO SERVET- *que el maltratador del stalking no persigue «convencerla» de que vuelva con él, sino que lo que busca es infringirle un castigo moral o psicológico por el hecho de haberle abandonado. En estos casos la denuncia conllevará que los equipos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado especializados en internet tratarán de averiguar el origen de estos hechos para detener a su autor*⁵¹⁷.

Si se da la circunstancia de que el autor fuera una de las personas que guarda relación con la víctima de las del artículo 173.2 CP el hecho se configuraría como de violencia de género.

Sobre las nuevas tecnologías y la relación con la violencia de género, BUENO DE MATA define la “*e-Violencia de género*”, entendiéndola como tal *aquella violencia psicológica ejercida sobre la mujer por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, a través de cualquier medio tecnológico o electrónico, mediante conductas en el plano virtual consistentes en amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento o limitaciones de su ámbito de libertad, produciendo en la mujer desvalorización o sufrimiento*⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Sobre este tema, *vid* GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Oportunidad criminal, internet y redes sociales. Especial referencia a los menores de edad como usuarios más vulnerables”, *InDret*, núm. 4, octubre, 2015.

⁵¹⁷ MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, p.9.

⁵¹⁸ BUENO DE MATA, F., “e-violencia de género: tratamiento procesal de la violencia de género a través de

Este autor entiende necesaria una reforma de la Ley Orgánica 1/2004 a fin de desarrollar de forma más concreta la implicación de las tecnologías como forma de comisión de actos de violencia o como canal de difusión o incitación de los mismos.

Respecto de las pruebas electrónicas, MAGRO SERVET, citando a BUENO MATA, apunta que los elementos probatorios para atribuir la autoría de los hechos constitutivos de un delito de e-Violencia de género son las denominadas pruebas electrónicas, las cuales se convierten en los materiales esenciales para probar la existencia de ilícitos penales en las relaciones que se producen entre distintas personas, siempre que las mismas se realicen a través de medios electrónicos o informáticos y que dentro de la tipología que presenta la figura de la prueba electrónica para acreditar y probar de forma fehaciente las conductas de e-Violencia de género, nos encontraríamos un tipo de pruebas electrónicas creadas directamente a través de los propios sistemas informáticos, y también un segundo bloque de pruebas electrónicas consistentes en medios de reproducción o archivo electrónicos, vídeos, o fotografía digital.

Los agentes policiales disponen hoy en día de medios probatorios suficientes para justificar la autoría, incluso aunque se lleven a cabo desde ordenadores en establecimientos públicos, porque detectado desde donde se lleva a cabo el atentado se podrá interesar del juez la vigilancia o intervención para estar a la espera de cuando se produce el ataque al sistema informático de la víctima y poder detener *in situ* y en el acto al sospechoso⁵¹⁹.

De lo analizado hasta ahora, consideramos que la conducta prevista en este apartado se podrá materializar de muy diversas formas; el requisito imprescindible será que mediante el uso de cualquiera de estos procedimientos, el autor haya pretendido mantener contacto con la víctima, aunque no lo haya logrado, ya sea de manera directa

la Red”, La Ley Penal, n.º 101, marzo-abril de 2013, p. 14. Sobre Violencia de género entre adolescentes, *vid* ESTEVE MALLENT, L., “La violencia de género entre adolescentes”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Director), *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 93-156.

⁵¹⁹ Cf. MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, p. 9, citando a BUENO DE MATA, F., *op. cit.*, p. 14.

o a través de terceras personas. Y estas terceras personas serán consideradas como “instrumentos” para la realización del delito, pudiendo llegar incluso a convertirse en verdaderos sujetos pasivos de la acción si la misma repercute en ellas de tal manera que quedaran cumplidos los requisitos del primer párrafo del artículo 172 ter.

Lo relevante de la conducta será que el contacto o intento de comunicación, directo o indirecto, haya sido reiterado e insistente, falto de legitimación y que haya provocado en la víctima la sensación de acoso que le haya hecho modificar su vida ordinaria. No se requerirá, además, un número concreto de actos para que se pueda perfeccionar la conducta, debiendo estar al caso concreto para determinar la suficiencia de los mismos.

3.2.3.- Uso de datos personales para adquisición de productos o mercancías, contrato de servicios o facilitar que terceras personas se pongan en contacto con la víctima

La tercera de las modalidades prevista en el número 1 del artículo 172 ter trae causa directamente del Código Penal Alemán, el cual expone como una de las acciones delictivas previstas “*el abusar de los datos personales de la víctima con el fin de ordenar productos o servicios para ella o haciendo que terceras personas se pongan en contacto con la misma*⁵²⁰”.

No obstante, el StGB no es el único de los ordenamientos jurídicos reguladores del *stalking* que ha descrito esta modalidad de conducta; Austria establece igualmente, entre sus comportamientos típicos, la de ordenar, en nombre de la víctima, mercancías

⁵²⁰ §238 StGB: “(1) Whosoever unlawfully stalks a person by 1. seeking his proximity, 2. trying to establish contact with him by means of telecommunications or other means of communication or through third persons, 3. abusing his personal data for the purpose of ordering goods or services for him or causing third persons to make contact with him, 4. threatening him or a person close to him with loss of life or limb, damage to health or deprivation of freedom, or 5. committing similar acts and thereby seriously infringes his lifestyle shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. (2) The penalty shall be three months to five years if the offender places the victim, a relative of or another person close to the victim in danger of death or serious injury.(3) If the offender causes the death of the victim, a relative of or another person close to the victim the penalty shall be imprisonment from one to ten years.(4) Cases under subsection (1) above may only be prosecuted upon request unless the prosecuting authority considers *propio motu* (sic.) that prosecution is required because of special public interest”.

o servicios utilizando sus datos personales, o bien, finalmente, provocando que un tercero tenga contacto con la víctima mediante uso de sus datos personales.

Sorprende que una legislación como la de Australia, que hace alusión a una pluralidad de modalidades típicas a la hora de definir el delito de *stalking*, no incluya entre su articulado la actuación descrita en este apartado, no siendo un comportamiento ni mucho menos extraño a la figura delictiva que estamos estudiando⁵²¹.

La doctrina española ha realizado críticas a este apartado, por entenderlo innecesario, superfluo y problemático a la hora de confluir con otras figuras delictivas, asentadas en el derecho penal, que ahora se encuentran inmersas en una incertidumbre legislativa de diversas naturalezas⁵²².

Por nuestra parte, no podemos obviar que la incorporación de este apartado, a falta de comprobar de qué manera viene desarrollándose en la práctica de los tribunales, presenta, cuanto menos, serios problemas que es necesario abordar:

1.- Perfección del tipo.- Llama la atención que en este caso ya no se castiga igual la conducta efectivamente llevada a cabo por el autor que la intentada, pues expresamente se castiga la *adquisición, contratación o puesta en contacto con otras personas*, sin hacer mención a la intención de realizarlo, por lo que la figura intentada se castigará en base al concepto general de delito en grado de tentativa (si se cumplen los requisitos para ello).

2.- Mención al uso indebido de datos personales para la realización de la conducta típica.- Entendemos que la aplicación de este término pudiera resultar innecesaria y repetitiva, pues al estudiar la descripción del delito hemos comprobado

⁵²¹ Ver apartado 1.2.3 de este mismo Capítulo.

⁵²² Entre otros, CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*...", *op. cit.*, p. 13; dicho autor establece que esta conducta equipara la sanción de la tentativa y la consumación, vulnerando el principio de proporcionalidad. En el mismo sentido, MALLÍN EVANGELIO, A., "Acoso...", *op. cit.*, p. 591, y VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p. 29-30, y la misma autora, "El delito de *stalking*...", *op. cit.*, p. 387.

que se requiere la *falta de autorización legítima* en el acoso producido. En este sentido, entendemos que el uso de datos personales, por su propia naturaleza, pertenecen a la persona en sí, y el uso de los mismos conllevará una autorización, cuanto menos tácita, sobre el uso de los mismos. Es por ello que, *contrario sensu*, el primer párrafo del artículo 172 ter nos indica la necesidad de que la conducta no esté legitimada para poder caracterizar los hechos recogidos en este artículo como comportamientos delictivos. Por tanto, y siguiendo con esta argumentación, entendemos que el uso indebido de los datos personales de la víctima conllevará necesariamente la falta de autorización para este uso.

Puede que la víctima haya entregado sus datos personales al autor de los hechos de manera voluntaria (ejemplo si siendo pareja la víctima le da sus claves de acceso a su correo para realizar una gestión, y aprovechando el conocimiento de las mismas, el autor las emplea para adquirir productos a nombre de la víctima, contratar servicios o hacer que terceras personas contacten con ella). Si bien, en este caso, entendemos que aun existiendo una autorización original en la utilización de los datos propios de la víctima, no ha existido autorización para el uso realizado finalmente por el autor de los hechos, por lo que el autor estará utilizando indebidamente las contraseñas o datos para cometer el delito⁵²³.

Entendemos, por tanto, que la incorporación del término *indebido* no era necesaria en tanto en cuanto la falta de autorización conlleva *per se* la realización de una conducta que no es convenida⁵²⁴.

3.- Incardinación del requisito de insistencia y reiteración en esta modalidad de conducta.- El requisito de insistencia y reiteración, unido a la modalidad expuesta en este apartado, ¿Quiere decir que se exige una contratación múltiple de servicios? ¿Una pluralidad de adquisiciones de mercancías y productos? ¿Una multitud de actuaciones tendentes a poner a terceros en contacto con la víctima? ¿Bastará un sólo acto si éste

⁵²³ Podrá entrar en concurso con el artículo 197 del Código Penal, en relación con el apartado 3 del artículo 172 ter.

⁵²⁴ De esta postura es también MALLIN EVANGELIO, A., "Delito de acoso (artículo 172 ter)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, op. citp.* 576.

trae aparejado multitud de consecuencias?

Son muchas preguntas que a día de hoy no encuentran una respuesta legal, pues el artículo no aclara ni el número de actos que se requieren (como tampoco lo hace en el resto de modalidades de conducta), ni si éstos han de ser de la misma naturaleza o pueden ser distintos comportamientos de este apartado. Tampoco especifica si un solo acto con múltiples consecuencias puede dar lugar a la comisión de la conducta típica⁵²⁵.

Sobre la base de lo anterior, entendemos que es necesario, para la perfección del tipo, que el sujeto activo haya hecho un uso indebido de los datos personales de la víctima; que con esos datos haya realizado alguna de estas acciones: a) adquirido productos o mercancías (tampoco entendemos la diferenciación entre estos dos términos), b) contratado servicios, o c) puesto en contacto a terceros con la víctima; que esto se haya realizado de manera insistente y reiterada, y sin estar legitimado; que a raíz de estos actos la víctima se haya sentido acosada y a consecuencia de ello haya alterado gravemente su vida cotidiana. No es necesario que se den la totalidad de conductas antes descritas, pues el artículo las enlaza mediante conjunción disyuntiva “o”, que indica la alternancia entre opciones. Ello no quiere decir que no puedan darse varias de estas actuaciones en la conducta del sujeto activo hacia la víctima.

Viendo el desarrollo del tiempo del delito, no podemos sino entender que el número de actos deberá ser suficiente para producir acoso en la víctima, un acoso tal que le haga modificar sustancialmente su forma de vida. A falta de una precisión legal expresa sobre el número de actos necesarios para calificar los hechos como delito, entendemos que deberán consistir en una pluralidad de ellos (que siendo más de dos, será el Tribunal el que juzgue si son suficientes o no).

Considerando que las modalidades de adquisición, contratación y puesta en contacto quedan recogidas en el mismo ordinal del artículo 172 ter. 1.3 del Código Penal, podrán ser tenidas en cuenta conjuntamente para valorar el tipo delictivo. Es decir, puede ser que el sujeto activo realice una compra a nombre de la víctima, más una contratación de servicios de telefonía a su nombre, y que ponga a terceros en contacto

⁵²⁵ Sobre este apartado, ver MAUGERI, A. M., *“El stalking en el Derecho comparado...”*, op. cit., p.23.

con ella. Si esas conductas, distintas entre sí pero ubicadas todas ellas en un mismo número, producen el efecto de acoso en la víctima, y además todas ellas en su conjunto provocan un cambio grave en la vida cotidiana del sujeto pasivo, debemos concluir que se deberán considerar globalmente a la hora de valorar un posible delito de *stalking*.

De la misma manera, entendemos que la conducta delictiva podrá perfeccionarse por una conjunción de todas o algunas de las distintas modalidades de actuación que prevé el artículo 172 ter: la actuación del sujeto pasivo podrá consistir en vigilar a la víctima, comunicarse con ella, solicitar servicios a su nombre y atentar contra sus bienes. Lo relevante para determinar la existencia del delito será que las acciones realizadas hayan sido reiteradas e ilegítimas, y hayan causado en la víctima la situación de acoso y la hayan obligado a modificar su vida ordinaria.

Cosa distinta es qué sucede cuando un sólo acto pudiera dar lugar a una pluralidad de acciones: puesta de un anuncio de contacto con los datos de la víctima; una compra realizada fijando como condición que mensualmente se repita la misma operación; contratar un servicio de manera periódica, etc. En estos casos, el sujeto activo formalmente habrá realizado una sola acción. Sin embargo, las consecuencias se sentirán periódicamente, de manera continua, más o menos ordenada en el tiempo.

No existe una postura asentada en la doctrina sobre esta cuestión, pues, de un lado, hemos de atender al aspecto formal de la estructura del delito --que requiere una conducta insistente y reiterada--, y que por su propia dicción precisa de un comportamiento repetitivo del autor, cosa que no sucede en los ejemplos antes vistos, puesto que éste realiza una sola acción.

Por otro lado, debemos hacer referencia a la percepción de la víctima del hecho cometido por el autor. Dicha víctima recibe productos de manera periódica, comprados a su nombre y sin que ella los haya solicitado, fruto de una compra en la que el autor indicó que se suministrasen los productos de manera constante, cada cierto tiempo. O puede verse involucrada en la contratación de servicios periódicos que ella no ha contratado. Imaginemos, por último, que el autor introduce en una página de contactos

los datos de la víctima, y consecuencia de este anuncio es que terceras personas se pongan en contacto con el sujeto pasivo de manera constante y reiterada.

A falta de indicación legal que indique lo contrario, entendemos que en caso de que el autor haya realizado únicamente una acción de las aquí enumeradas, no podrá perseguirse el delito por la vía del 172 ter, por entender que el requisito de la persistencia y reiteración es necesario para la penalidad de esta conducta. Independientemente de los efectos que haya producido la acción, debemos atender a la conducta exacta realizada por el sujeto activo, así como a la interpretación restrictiva que ordena la legislación en la aplicación de las normas penales. En caso de que el sujeto haya realizado una única acción, su comportamiento no será incardinable en el artículo 172 ter. Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, la conducta podrá ser constitutiva de un delito de amenazas, coacciones o de otra naturaleza, pero no incardinable en el delito de *stalking*.

Sin embargo, ello no quiere decir que su conducta quede desprovista de respuesta penal, al contrario, los hechos cometidos por el sujeto activo podrán quedar encuadrados en delitos de otra naturaleza. De esta manera, las conductas antes descritas podrán ser constitutivos de delitos contra la intimidad, de descubrimiento y revelación de secretos, estafa, falsedad, usurpación o cualquier otros que cuadre con la conducta realizada por el sujeto.

4.- *Relación entre la comisión de estas modalidades de conducta con una "alteración sustancial de la vida cotidiana de la víctima"*.- Entendemos que, si bien las conductas pudieran resultar molestas e impertinentes, sería necesario una gravedad considerable en la realización de las mismas para que la víctima se viera obligada a modificar su rutina diaria por ellas, por lo que en muchos casos, aún dándose la reiteración e insistencia en la realización de estas conductas, las mismas se castigará con arreglo a otros preceptos del Código Penal, por no quedar alterada sustancialmente la vida cotidiana de la víctima --y ello aunque la misma perciba la actitud como acosante, pudiendo incluso llegar a apreciar la comisión del delito en grado de tentativa si se ha producido la conducta típica y se han dado los requisitos de insistencia, ilegitimidad y

situación acosadora.

5.- *Problemática en la aplicación de la modalidad de “lograr que terceras personas se pongan en contacto con ella”*.- Recordamos que la segunda conducta descrita por el artículo 172 ter es la de “establecer contacto con la víctima –o intentarlo, directamente o por medio de terceras personas”. Por su parte, el número tres prevé, entre otras conductas, la de “hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella”.

En un supuesto y en otro contemplamos que la conducta típica puede consistir en hacer que terceras personas se pongan en contacto con el sujeto pasivo.

Sobre la diferencia entre estas dos formas de involucrar a terceros en la acción delictiva, MATALLÍN EVANGELIO expone que la modalidad del número 3º viene referida a cualquier forma de contacto a través de un tercero --sin finalidad de adquisición de bienes o servicios, puesto que esto se recoge en las oraciones anteriores del número 3º-- , y se daría la paradoja de que parte de la conducta descrita en el apartado 3 del artículo 172 ter.1, en un alarde de *depurada* técnica legislativa, sería idéntica a una parte de la conducta descrita en el apartado 2 del mismo número⁵²⁶.

Por nuestra parte, no compartimos esta postura. Entendemos que la conducta descrita en el número 2º (“*establezca o intente establecer contacto con la víctima (...) por medio de terceras personas*”), está diferenciada de la expuesta en el número 3º (“*haga que terceras personas se pongan en contacto con la víctima*”).

En concreto, entendemos que el apartado segundo se refiere al intento (o logro) del sujeto activo de *contactar con la víctima*; en este caso la intención del autor será conseguir establecer contacto con ella, bien directamente, bien instrumentalizando a terceras personas para lograrlo.

En cambio, en el apartado 3º la intención de comunicación con la víctima no se

⁵²⁶ *Íbid.*, ep. 28. Apunta la autora que nos encontraríamos ante la figura del contacto establecido a través de terceras personas.

constituye como objetivo principal del autor. Analizando en su conjunto las modalidades de comisión del delito aquí expuestas, entendemos que con la realización de las mismas el sujeto activo pretende coartar la libertad del sujeto pasivo, pero no necesariamente ponerse en contacto con ella, si no que terceras personas (conocidas o no) lo hagan.

También sería constitutiva de acoso típico el uso indebido de datos personales para hacer que terceras personas contacten con el sujeto, lo que plantea el problema de cual sea la finalidad perseguida, para conseguir que el titular de los datos adquiera productos o servicios, o simplemente para hacer que terceras personas se pongan en contacto con él, pero, en cualquier caso, el tipo no requiere una intención finalista en el comportamiento del *stalker*, por lo que deberemos atender a los expuestos en la estructura típica del delito, en el primer apartado del artículo 172 ter del Código Penal, para determinar el cumplimiento o no del tipo.

En cualquier caso, no podemos menos que advertir, de conformidad con lo expuesto por MATALLÍN EVANGELIO, sobre la dificultad que supone evitar el solapamiento entre la aplicación del tipo delictivo que estamos estudiando con otros tipos que prevén conductas iguales o de semejante naturaleza⁵²⁷.

*6.- Relación con otros tipos delictivos.- Tal y como expone MATALLÍN EVANGELIO, "la mayor crítica de esta conducta deviene de su posible solapamiento con ciertos atentados contra el patrimonio, pues el uso inconsentido de los datos personales de una persona para la adquisición de bienes o servicios, según el medio utilizado para la consecución del dato que posteriormente utilizas, será constitutivo del correspondiente atentado patrimonial, siendo ésta la vía adecuada de punición, en su forma continuada, dada la necesidad de su realización reiterada e insistente, y no la del delito de acoso del Artículo 172 ter"*⁵²⁸.

Esta figura presenta dudas en cuanto a su aplicación, pues las conductas

⁵²⁷ *Íbid.*, ep. 28, p.6-8.

⁵²⁸ *Íbid.*, ep. 28.

descritas, como percibe la autora y también CÁMARA ARROYO⁵²⁹, pueden ser, por sí mismas constitutivas de delito desde la primera manifestación de las mismas, lo que, en el caso de que el acoso llegue a producirse por ser insistentes y reiteradas, nos encontraríamos con un comportamiento que desde la primera actuación era constitutivo de acción penal, si bien no conforme al 172 ter, sino con arreglo a preceptos distintos del Código Penal.

En la mayoría de supuestos de uso indebido de datos personales (número de DNI, número de cuenta, número de tarjeta) existirá alguna modalidad de estafa del artículo 248 del Código Penal, sin que resulte adecuado sancionar como delito autónomo la lesión a la libertad, que ya ha sido tomada en consideración por el tipo patrimonial correspondiente. Si bien es cierto que el delito de acoso no castiga expresamente el uso indebido de datos, si no la situación de acoso creada a consecuencia de este uso, lo cierto es que la utilización de los datos en el delito de estafa queda incluido en el tipo delictivo, por lo que podríamos encontrarnos ante un acto copenado, vulnerador del *ne bis in idem*.

El uso indebido de datos personales para adquirir productos o contratar servicios, traslada a un primer plano el atentado patrimonial, que es el que resultará afectado con la adquisición, y ello aunque como consecuencia asociada también se pueda alterar gravemente la vida cotidiana.

De esta manera, si mediante engaño directo a su titular (por ejemplo, diciéndole que es para otros fines) el autor consigue su DNI, y adquiere bienes o productos --para sí o para un tercero, o incluso aunque lo sean para el titular de los bienes--, entraría en juego el Artículo 248.1 CP como supuesto específico de estafa.

Si a través de manipulación informática o artificio semejante el autor consigue acceder a los números de cuenta o de tarjeta de la víctima, adquiriendo posteriormente bienes o servicios, también podría entrar en juego el delito de estafa descrito en el Artículo 248.2, c) del Código Penal.

⁵²⁹ CÁMATRA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por *stalking*...”, *op. cit.*, p. 13, citando a MAGRO SERVET, V., “Los delitos de *sexting*...”, *op. cit.*, p. 178.

En estos supuestos de atentados patrimoniales, de no existir el 172 ter las conductas se sancionarían como atentado contra el patrimonio sin ningún otro problema asociado.

Sin embargo, de acuerdo con la propia dicción del 172 ter, si tras el atentado patrimonial se alterara gravemente la vida cotidiana, dejando a la víctima sin medios con los consiguientes déficits económicos por la falta de liquidez, o teniendo que realizar actos correctores de, también podríamos encontrarnos ante el delito de acoso personal, siempre que se acreditara que el sujeto pasivo ha modificado sustancialmente su vida cotidiana como consecuencia de las acciones del sujeto.

En este caso se aplicaría el punto 3 del artículo 172 ter, el cual expone que *las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretados los actos de acoso.*

Podrían ser de utilidad, por tanto, las reglas del artículo 8 y del concurso de delitos, mediante las cuales cabe la posibilidad de llegar a penar al sujeto por un delito de acoso y varios de carácter patrimonial. Solución ésta que es a entender de MATA LLÍN EVANGELIO desproporcionada. Y ello, por ser vulneradora del principio *non bis in idem*, ya que, según esta autora, el tipo patrimonial ya ha tenido en cuenta la alteración en la vida cotidiana derivada del delito, debiendo actuar tan solo el delito contra el patrimonio, que consumiría la limitación de la libertad, debiendo tener en cuenta para la subsanación de las molestias derivadas, como toda la vida, otros mecanismos sociales de corrección, como, por ejemplo, la anulación de cuentas o el reintegro por el banco o por la aseguradora⁵³⁰.

Entendemos que el nuevo tipo está pensado para conductas de acoso con incidencia en la libertad de las personas y que se lleven a efecto con una de las tres finalidades específicamente previstas: adquirir productos mercancías, contratar servicios o hacer que terceros contacten con la víctima. Entendemos, pues, que la

⁵³⁰ Cf. MATA LLÍN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, ep. 28, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015)*. 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015.

redacción de este apartado suple una laguna legal que no venía recogida con anterioridad.

Parece evidente que quedan al margen de la aplicación del mismo los supuestos en los que lo que se pretende es lisa y llanamente hacerse a pasar por otro en todas sus relaciones on-line o, dicho de otro modo, utilizar falsamente o usurpar la identidad real otra persona, de tal modo que esa conducta sea susceptible de conducir a error sobre la verdadera identidad, cualquiera que sea la finalidad que con ello se pretenda, siempre que estas conductas no sean persistentes y reiteradas, ni produzcan en la víctima una situación de acoso tal que le haga alterar sustancialmente su rutina diaria, pues en ese caso nos moveríamos ya en el ámbito del 172 ter.1.3 del Código Penal. En estos casos veríamos el delito concreto que se haya cometido, en función de la conducta realizada.

De lo expuesto en el presente apartado podemos mencionar que se trata de uno de los puntos más controvertidos de los especificados por el artículo 172 ter del Código Penal. Y ello se percibe desde la propia redacción del precepto, que prevé únicamente la actividad efectivamente realizada, cuando el número anterior castiga la actividad realizada y la intentada, sin existir justificación en la diferencia de trato. No obstante, no podemos menos que recordar que, independientemente de que se castigue la conducta realizada o intentada, lo cierto es que para la perfección del tipo se requerirá que esta actuación o intento de realizarla haya ocasionado que la víctima haya modificado sustancialmente su modo de vida.

Por otro lado, la expresión “uso indebido” se hace innecesaria desde el momento en que los requisitos generales, aplicables a cualquiera de las conductas descritas, requiere que la conducta sea “ilegítima”, por lo que esta acepción regirá también en el desarrollo de las acciones previstas en el número 3.

Respecto a la insistencia y reiteración de los actos, deberemos tener presente la naturaleza de la acción delictiva y el caso concreto. La responsabilidad penal valorará, de una parte, el número de acciones realizadas por el autor de los hechos contra los derechos de la víctima, pero deberemos tener en cuenta, igualmente, la naturaleza de los hechos, así como la potencialidad de expansión y repetición que los mismos tengan.

Como en las conductas antes descritas, lo relevante será que las actuaciones realizadas hayan causado una situación de acoso en la víctima tal que le hayan llevado a modificar sustancialmente su modo de vida, y que estas acciones no tengan, por parte del sujeto activo, causa alguna de justificación.

3.2.4.- Atentado contra la libertad o patrimonio de la víctima o seres próximos a ella

El apartado 4.º del número 1 del precepto expone, como conducta constitutiva de acoso, el atentado contra la libertad o patrimonio de la víctima o de otra persona próxima a ella.

Analizando el derecho comparado no podemos asegurar que la modalidad introducida en el apartado cuarto del artículo 172 ter. 1 del Código Penal español traiga causa directamente de ninguno de los ordenamientos reguladores del delito de *stalking*.

Pocos son los ordenamientos que han incluido como conducta típica este supuesto (fijándonos, obviamente, en los que describen comportamientos delictivos, no en aquellos que se remiten al resultado causado, intención o actividad del sujeto activo y/o pasivo, sin exponer la lista de conductas delictivas posibles).

Australia incluye un tipo delictivo que puede acercarse al español pero que no es idéntico; de esta manera, describe como conducta típica *la acción violenta, o de amenaza de violencia, contra alguien o contra la propiedad de alguien, incluyendo la del acusado*.

Este supuesto, decimos, guarda semejanzas con el caso español en la referencia que hace al daño en la propiedad de alguien, si bien las diferencias son ciertamente considerables, toda vez que el tipo delictivo australiano requiere de una acción cuanto menos violenta, que puede traducirse en amenaza; en el derecho español estos comportamientos darían lugar a figuras delictivas distintas al delito de acoso.

Por otro lado, la figura española presenta semejanzas con uno de los comportamientos previstos en el delito de *acoso* alemán, ubicado en el apartado 238

StGB, el cual castiga el *stalking* en los siguientes términos:

“Quien persigue a una persona de manera no autorizada y persistente, de manera que (...) 4. amenaza a la persona con lesionar la vida, incolumidad corporal, salud o libertad propia o de una persona cercana a ésta (...)”.

En cualquier caso, la conducta recogida en el Código Penal español guarda ciertas distancias respecto de la figura alemana, sobre todo en la referencia a los ataques proferidos por el *stalker*; mientras que en el StGB se exige una amenaza a la vida, integridad física, salud o libertad propia o de persona cercana, el marco jurídico español circunscribe la actuación penal a los atentados contra la libertad o contra el patrimonio, por lo que deja fuera de su ámbito de aplicación los ataques contra la integridad, y la vida. Por otra parte, el derecho español incorpora la lesión patrimonial a la víctima o tercero como parte de la acción típica a castigar, lo que no se contempla en el derecho alemán.

Hemos podido comprobar, a lo largo de la exposición, la visión crítica de un sector importante de la doctrina respecto a la incriminación del delito de *stalking*. Pues bien, la incorporación del apartado cuarto no es una excepción a esta visión.

Las críticas sobre este particular se centran en cinco cuestiones primordiales: a) La falta de concreción en la descripción de la conducta típica, y b) La alusión a los ataques contra la libertad cuando nos encontramos en un delito que protege como bien jurídico esta misma, c) La inclusión de los ataques patrimoniales como supuesto típico d) La negativa injustificada a incorporar las lesiones contra la vida e integridad como conducta típica, e) La implicación de terceros.

Vemos brevemente cada uno de ellas.

a) Falta de concreción en la descripción de la conducta típica.- MATALLÍN argumenta que las conductas constitutivas de acoso reflejadas en este apartado supone una *inconcreción que aleja cada vez más la tipicidad de la seguridad jurídica*.

Duda esta autora de su legitimidad constitucional, al considerar punible *la realización de cualquier atentado contra la libertad o patrimonio de un sujeto o de*

*cualquier otra persona próxima a él*⁵³¹.

Por su parte, CÁMARA ARROYO critica que no se especifique qué clase de atentado contra la libertad o patrimonio se requiere para definir la acción delictiva⁵³².

Si analizamos el contenido del Código Penal, difícilmente encontraremos un precedente como éste, que considere típica la conducta descrita en este número, sin más concreción que la antes expuesta (siempre que se ponga en relación con el cumplimiento de los requisitos generales del primer párrafo del artículo). Nos encontramos ante la introducción de una cláusula totalmente abierta en contra del reo, lo que supone el peligro de que el justiciable no llegue a comprender la entidad de esta cláusula, ni entender qué está prohibido. La jurisprudencia a día de hoy no ofrece una solución, dada la escasa vigencia temporal del tipo en nuestro derecho; la doctrina, por su parte, tampoco ofrece una postura unánime sobre el contenido de este número⁵³³.

Este apartado, como decíamos, castiga los atentados contra la *libertad y patrimonio*. En un principio, podemos entender que los ataques contra la libertad quedarán recogidos en el Título VI del Libro II del Código Penal, que recoge los *Delitos contra la libertad*, en los capítulos dedicados a *Las detenciones ilegales y secuestro, amenazas y coacciones* (dentro de este último reside el artículo que estamos estudiando). De la misma forma, los delitos contra el patrimonio quedan recogidos en el

⁵³¹ MATAILLIN EVANGELIO, A., "Delito de acoso (artículo 172 ter)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, op. cit., p. 576.

⁵³² CÁMARA ARROYO, "Las primeras condenas en España por stalking...", op. cit., p. 13, citando a MATAILLIN EVANGELIO, A., *Acoso –stalking: Art. 172 ter*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J., (Coord.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 591.

⁵³³ Así, VILLACAMPA ESTRIARTE, C., *El proyectado delito de acecho: incriminación...*, op. cit., p. 30 y de esta misma autora, *Delito de acecho...*, op. cit., p. 604, defiende la inclusión de la amenaza de atentado contra la libertad, de la amenaza o atentado contra la vida y la integridad física. Por su parte, CÁMARA ARROYO, *Las primeras condenas en España por stalking...*, op. cit., p.13, establece que "para no vulnerar el non bis in idem y respetar el concurso de leyes penales, solamente cabe tener en cuenta conductas que no se encuentran tipificadas como hechos delictivos, como es el caso el hurto de uso de cosa mueble". Considera GALDEANO SANTAMARÍA, A.: *Acoso - stalking: Art 172 ter*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* que para no vulnerar el non bis in idem y respetar el concurso de leyes penales, solamente cabe tener en cuenta conductas que no se encuentran tipificadas como hechos delictivos, como es el caso el hurto de uso de cosa mueble.

título XIII del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*.

¿Por qué, entonces, procede el castigo de estos comportamientos en el artículo 172 ter, si los mismos ya están previstos y penados en los títulos antes mencionados?

Una primera contestación podría ser porque, analizada la estructura típica del delito, el artículo 172 ter pretendiera castigar los delitos que considerados aisladamente serían constitutivos de delitos contra la libertad previstos y penados en el Título VI, o contra el patrimonio, del título XIII, pero que, al repetirse de forma insistente y reiterada y sin legitimación, provoque acoso tal en la víctima que le lleve a alterar gravemente su vida cotidiana.

Entendemos que esta respuesta podría ser válida para las conductas constitutivas de delitos contra la libertad y el patrimonio que cumplieran una serie de premisas acumulativas:

i) *Que no hayan sido anteriormente denunciadas, y si lo han sido, que no se haya abierto juicio oral contra ellas (a fin de proceder a la acumulación de asuntos, en su caso).*

Los atentados contra la vida y la libertad son constitutivos de delito *per se*, sin necesidad de que el apartado 4 del artículo 172 ter. 1 lo indique. Por tanto, la víctima que siente lesionada su libertad o su patrimonio podrá interponer denuncia contra el presunto agresor, o incluso podrá ejercitarse tal acción de oficio si el caso lo permite. Por tanto, para que nos encontremos ante el supuesto aquí estudiado debemos partir de una actuación delictiva continuada, de ataques contra la libertad o patrimonio, insistente y reiterada, de tal intensidad que haya hecho a la víctima modificar su vida. Sólo de esta manera podremos atender a la aplicación del apartado cuarto del artículo.

Como indicábamos anteriormente, podremos situarnos ante causas incoadas separadamente, que serían por sí mismas constitutivas de delitos contra la persona o bienes de una persona y que, valorados en su conjunto, tendrían cabida en el tipo delictivo del *stalking*. En ese caso podrían acumularse los distintos procedimientos a fin de enmarcar las diferentes acciones como conductas propias del delito de *stalking*, siempre que se den las premisas de acoso, insistencia y reiteración, falta de legitimidad

y alteración de la vida cotidiana, identidad de sujetos activos y pasivos. La acumulación tiene un límite temporal y procesal: la apertura de juicio oral, en la que se fijan los hechos delictivos y se califican los mismos a la espera de celebración de juicio oral.

ii) *Habrá que estar al supuesto concreto para determinar si las actuaciones del stalker son constitutivas de delito contra la libertad o si se enmarcan en un contexto de libertad deambulatoria, de expresión o de otra índole.*

Dependiendo de las circunstancias del supuesto concreto, podremos concluir que el *stalker* ha actuado amparado en el derecho fundamental de la libertad de expresión o de movimiento, aunque ello haya conllevado una situación de fastidio o incomodidad a la víctima. Será necesario analizar las acciones del *stalker* para determinar si las mismas, a pesar de no ser constitutivas de delito examinadas individualmente, si las observamos en su conjunto pueden sobrepasar la esfera de libertad de expresión o deambulatoria e incardinarse en un comportamiento que genere una situación de acoso para la víctima.

Un comportamiento formalmente enmarcable en el artículo 172 ter.3 podrá no ser constitutivo de delito en un primer momento (en el caso en que el sujeto activo se dedique a ir a los lugares que frecuenta su expareja u otras personas, aunque el sujeto en cuestión no solía acudir allí, ni tiene conocidos, ni realiza más actividad que sentarse frente a ella y esperar), pero adquirir forma de delito si, con el paso del tiempo y del número de actos realizados, el comportamiento del sujeto activo se torna “acosador” por la víctima, y esto hace que la misma varíe su vida cotidiana por estos motivos.

Lo que comenzó considerándose para el sujeto como una libertad de movimiento, termina en una situación de acoso hacia la víctima, penada como *stalking*, al haber coartado, con su acción, la libertad de la víctima.

b) Alusión a los ataques contra la libertad cuando nos encontramos en un delito que protege como bien jurídico este mismo bien.- Llama la atención la mención expresa a los atentados *contra la libertad*, cuando el artículo 172 ter pertenece al Capítulo III del Título VI del Código Penal, referido precisamente a los delitos de esta naturaleza. Los

comportamientos descritos en el artículo 172 ter deberán conllevar necesariamente un ataque contra la libertad, por ser el bien jurídico a proteger. Por tanto, el atentado contra este bien se castigaría en cualquier caso, con independencia de que el apartado cuarto estuviese en vigor o no.

Por otro lado, entendemos que esta alusión es una expresión residual respecto de las otras conductas, algo sumamente peligroso en cualquier disciplina jurídica, y especialmente en el derecho penal, donde los límites del comportamiento a tipificar y a castigar quedan desfigurados en aras a una subjetividad de difícil encaje en el derecho positivo penal.

c) La inclusión de los ataques patrimoniales como supuesto típico.- El Código Penal recoge como medio comisivo de esta modalidad típica los atentados contra el patrimonio de la víctima o de una persona próxima a ella. A pesar de la influencia del derecho alemán sobre el artículo 172 ter español, el StGB no recoge una previsión de esta naturaleza en su articulado, ya que el comportamiento delictivo descrito se circunscribe a los atentados contra la libertad, la vida y la integridad.

No justifica el legislador la razón por la que, tratándose de un comportamiento que no afecta directamente a la persona de la víctima o allegada a ella, sino a sus bienes, no ha recogido esta conducta en el apartado anterior, que sí trata materias de contenido patrimonial, cuando refiere la compra de productos o mercancías, o contratación de servicios en nombre de la víctima, con lo que liga el supuesto de hecho delictivo con contenido patrimonial (aunque todas las actuaciones, recordamos, deben realizarse a fin de generar un acoso en la víctima tal que le haga modificar sus rutinas diarias).

El acto de naturaleza patrimonial descrito puede castigarse bien por aplicación de lo dispuesto en el apartado tercero si se trata de delitos de naturaleza patrimonial previstos en dicho apartado, bien como delitos patrimoniales aislados, contemplados en el Título XIII del Libro II del Código Penal, en toda su extensión.

El atentado patrimonial se penará conforme a lo dispuesto en el artículo 172 ter

1.4 si la conducta del sujeto activo no quedara circunscrita en el apartado anterior, ni se hubiera denunciado anteriormente como delito patrimonial (o si no se hubiera procedido a la apertura de juicio oral y procediera la acumulación de las distintas causas abiertas), y si la misma es reiterada, insistente, falta de autorización, y ha provocado acoso en la víctima que le ha llevado a alterar sustancialmente su vida cotidiana. En cualquier caso, no tratándose de un bien jurídico de carácter personalísimo como el resto de los que se incluyen en el tipo de acoso, la efectiva afectación a la libertad de obrar producida por medio de atentados al patrimonio que requiere el artículo precisará de una actuación de mayor lesividad intrínseca, que supere el umbral de la amenaza.

d) Negativa injustificada a incorporar las lesiones contra la vida e integridad como conducta típica.- El CGPJ lamentaba que los bienes jurídicos protegidos de manera subsidiaria mediante la tipificación del delito de acoso estuvieran tan acotados, sugiriendo que deberían haberse incluido otros, tales como la vida o la salud⁵³⁴.

Muchos autores también se preguntan la razón por la que el legislador no ha aprovechado la redacción del artículo 172 ter 1.4 para incluir los atentados contra la vida y la integridad de la víctima o persona cercana a ésta⁵³⁵.

Señala con acierto VILLACAMPA ESTRIARTE que *“muy probablemente el prelegislador piensa en tales supuestos (atentados contra la libertad o el patrimonio) en conductas de vandalismo respecto de la propiedad de las víctimas realizadas por algunos stalkers”*⁵³⁶.

Sin embargo, llama la atención que el tipo no contemple atentados o amenazas contra la vida, la incolumidad corporal o la salud de las víctimas o personas cercanas a ellas, como hace el Código Penal alemán.

La autora encuentra la justificación a esta falta de inclusión en la Exposición de

⁵³⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, sobre *Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, pág.169.

⁵³⁵ En este sentido, ALONSO DE ESCAMILLA, A., *op. cit.*, p. 8; MATALLIN EVANGELIO, A., “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, *op. cit.*, p. 576, 2015VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 30 ; Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, sobre *Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

⁵³⁶ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 30.

Motivos de la Ley, por entender que los supuestos de amenazas pueden integrar ya la tipicidad del delito de amenazas y que aquellos otros en que se emplee violencia pueden ser reconducidos al delito de coacciones.

Entendemos que la introducción del delito de *stalking* en nuestro Código Penal debería conllevar, además de la referencia a la amenaza respecto de la libertad de la víctima o la de otras personas cercanas a ella, también la amenaza implícita o explícita a la vida, salud o integridad corporal de la víctima o personas cercanas.

Y ello porque, como señala VILLACAMPA ESTRIARTE, *“algunos tipos de stalkers pueden mostrar una clara escalada en el grado de violencia empleada, lo que debería hallar reflejo en el correspondiente tipo delictivo, además de porque no debería preocupar en exceso la posible colisión del delito de stalking con otras tipologías delictivas ya existentes si, como han hecho otros Códigos Penales de nuestro entorno, se configura este delito como tipo residual”*⁵³⁷.

Compartimos la postura de la autora, teniendo en cuenta, además, que el legislador sí se ha preocupado por incluir comportamientos relacionados con delitos patrimoniales, que incorpora a este número.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/15 explica que se pretende castigar los 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.

Pues bien, frente a esto cabe señalar que debería preocupar al legislador la ausencia de referencia de la amenaza o el atentado a bienes jurídicos como la vida o la salud en este tipo delictivo, ya que de esta manera se impide considerar típica una conducta de persecución reiterada implícitamente amenazante que no puede reconducirse al delito de amenazas pero tampoco a ninguna de las precedentes

⁵³⁷ *Íbid.*, p. 30-31.

modalidades comisivas contempladas en el tipo. Lo mismo sucede en aquellos supuestos en que la violencia empleada para mover la voluntad de la víctima fuera de carácter psicológico; en estos casos tampoco podrían reconducirse al delito de coacciones de interpretarse en sus justos términos el medio comisivo de la violencia, circunscrito a la física. Y es que estas conductas atentan directamente contra el bien jurídico que queda protegido con la entrada en vigor del artículo 172 ter: la libertad de la víctima.

e) La implicación de terceros en la realización de la conducta típica.- Como hemos argumentado a lo largo de la descripción de las conductas típicas del delito de acoso, la situación del tercero sobre el que se realiza la conducta delictiva -al cual se *instrumentaliza* para llegar a lesionar los derechos de la víctima-, es ciertamente difícil.

Y ello partiendo de la base que la tercera persona sobre la que se ejercita la conducta típica *sufre* los comportamientos del autor de los hechos, ya sea recibiendo comunicaciones de éste (como en el supuesto recogido en el apartado segundo), ya sea, como en el caso que nos ocupa, viendo lesionada su libertad o su patrimonio.

Corremos el riesgo, a la hora de valorar la conducta típica del acoso, de dejar a un lado los bienes jurídicos protegidos respecto de este tercero que, como decimos, padece las actuaciones del sujeto activo.

Si bien la intención del sujeto activo puede que sea la que acosar a la víctima de manera tan insistente y reiterada que le haga modificar sustancialmente su vida cotidiana, lo cierto es que estos comportamientos pueden dar lugar también a la configuración de delito, en este supuesto respecto del tercero que sufre la realización de la conducta típica.

En estos supuestos, las actuaciones del sujeto activo respecto del tercero podrán ser constitutivas de delitos de la naturaleza pertinente, dependiendo del contexto en que se hayan realizado, dando lugar a la incoación del correspondiente procedimiento a fin de determinar la naturaleza de la acción del autor, y las consecuencias penales que en su caso procedan. Y sin que ello conlleve una merma en el derecho de la víctima a ver

protegidos sus intereses, los cuales se han visto lesionados a consecuencia de actuaciones del sujeto pasivo respecto de los bienes o libertad de una persona allegada para ella.

De cualquier forma, hemos de señalar que los comportamientos precisados para la perfección del delito son, entre otras circunstancias, que las conductas hayan sido reiteradas y persistentes. Esta continuación en el tiempo, requerida por la estructura del delito, puede conllevar la *victimización* del tercero, el cual puede verse acosado en su propia persona con los comportamientos de hostigamiento realizados por el autor de los hechos. En este supuesto, debemos analizar si se cumplen los presupuestos de reiteración, insistencia, falta de legitimación, acoso y modificación de la vida ordinaria del tercero para concluir si el mismo será sujeto pasivo de delitos ordinarios o si por el contrario será tenido en cuenta como sujeto pasivo de un delito de acoso, y ello sin perjuicio de la responsabilidad penal por el acoso a la víctima original y las consecuencias concursales que de ello se deriven, y que veremos más adelante.

Entendemos que la conducta analizada adolece de falta de concreción en la descripción del comportamiento, lo que puede conllevar problemas de interpretación. Las alusiones a los ataques contra la libertad no aportan valor a la descripción del delito, toda vez que el propio tipo se configura como un atentado a la libertad. No obstante, teniendo en cuenta que de las cuatro conductas, ésta es la única que hace referencia a la lesión de un bien eminentemente personal (la libertad), el legislador podría haber aprovechado para incluir como conducta típica la amenaza implícita o explícita a la vida, salud o integridad corporal de la víctima o personas cercanas.

3.2.5.- Previsión en anteproyecto sobre "conducta análoga"

El artículo 172 ter del Código Penal cuenta con la descripción de cuatro figuras típicas, que hemos ido analizando a lo largo de esta exposición.

Sin embargo, no siempre fue así; el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 definió cinco modalidades que podían dar lugar a la comisión del delito de

acoso, y no cuatro.

Tras un estudio pormenorizado, finalmente el legislador optó por no introducir la última causa en la redacción final del artículo.

Entendemos que la figura es digna de estudio, pues inicialmente el legislador pretendió incluirla como modalidad propia del delito de acoso, valorándola como parte de la configuración del tipo delictivo. La razón de estudiarla en este momento y no en otro se debe a que, de esta manera, podremos analizarla a continuación del resto de las modalidades típicas, tal y como se concibió en un origen, y así obtendremos una visión de conjunto sobre los comportamientos que forman el delito de acoso, y en qué medida esta propuesta pudiera completar las conductas descritas.

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal de 2012, en la versión que de este documento aprobó el Consejo de Ministros del 11 de octubre de 2012, describía el delito de *stalking* y enumeraba cinco conductas típicas. Las cuatro primeras las hemos estudiado en los apartados anteriores. La quinta se refería a la siguiente: “5º realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores”.

Esta modalidad tiene su antecedente directo en el StGB; como ya ha quedado expuesto, el Código Penal alemán regula el delito de acoso en su parágrafo 238, que incorpora diversas conductas, como buscar la proximidad de una persona, intentar establecer contacto con ella, encargarse de mercancías o servicios a nombre de otra persona mediante la utilización abusiva de sus datos, amenazar con dañar la vida, la integridad, la salud o la libertad de una persona o de sus allegados, poner en peligro la vida o integridad de una persona o sus allegados, o *cualquier otra análoga*.

El StGB es consciente de que se trata de conductas difícilmente reconducibles a un denominador común y que en algunos supuestos son incluso socialmente adecuadas, pero que se realizan sin la voluntad de su víctima. En todos los casos, dichas conductas tienen que producir una grave perturbación en la vida de la víctima, por lo que se trataría de un delito de resultado.

La introducción de la expresión *conductas análogas* en el Código Penal alemán

ya dio lugar a numerosas críticas, las cuales se trasladaron al derecho español una vez aprobado el Anteproyecto de Ley.

De esta manera, apuntaba el **Consejo General del Poder Judicial**, en el trámite de informe, que el artículo 172 ter configuraba el acoso como un delito perseguible a instancia de parte, describiendo la acción típica (el acoso), por medio de la tipificación del conjunto de actos que potencialmente la integran, que no es una enumeración cerrada, terminando con "*otra conducta análoga a las anteriores*"⁵³⁸.

El **Consejo de Estado**, tras el estudio del Anteproyecto, no formuló ninguna objeción al conjunto de las cuatro primeras conductas enumeradas en el precepto proyectado, si bien argumentó que no se justifican las razones que llevan a incluir estas conductas y a excluir otras como, por ejemplo, la de atentar contra la salud y la vida.

No obstante lo anterior, y a juicio del Consejo de Estado, la última de las conductas reseñadas (que se realice cualquier otra "conducta análoga a las anteriores") no resultaba adecuada pues, aunque debe reconocerse la dificultad de establecer una serie de conductas detalladas o exhaustivas, sin embargo *la redacción del Anteproyecto podría generar cierta inseguridad jurídica por la ambigüedad de la interpretación que se pueda hacer de la "conducta análoga", lo que se compadecería mal con el propio artículo 25 de la Constitución que prevé que nadie pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse, no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*⁵³⁹.

Por su parte, la **Fiscalía General del Estado** también criticó la incursión de la *cláusula legal de analogía*, por entender que vulneraba la seguridad jurídica y el principio de taxatividad⁵⁴⁰.

Desde el punto de vista doctrinal tampoco tuvo buena acogida la incardinación

⁵³⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, sobre *Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, referenciado anteriormente.

⁵³⁹ Dictamen del Consejo de Estado, sobre *Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, aprobado el 27 de junio de 2013, Ref. 358/2013, referenciado anteriormente.

⁵⁴⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2014.

de la *conducta análoga*.

ALONSO DE ESCAMILLA, citando al Consejo de Estado, recordaba que el acoso predatorio o persecución o acecho obsesivo, se tipificaba mediante la utilización de medios específicos (pero no con una cláusula de *numerus clausus*), a la que se añadía una cláusula abierta que permitía la realización de cualquier otra conducta análoga a las anteriores, la cual resultaba poco acorde con el principio de seguridad jurídica⁵⁴¹.

MANZANARES SAMANIEGO entendió que la analogía en la que se refería el artículo exigiría una atención máxima al resultado producido, a fin de evitar la inseguridad jurídica y superar así la falta de taxatividad penal⁵⁴².

VILLACAMPA ESTRIARTE indicó la inadecuación del empleo del término "*análoga*", pues teniendo en cuenta que en este contexto se acudía al mismo para contribuir a la conformación de la conducta típica, podría interpretarse que nos hallábamos frente a un supuesto de analogía en contra del reo que, por tanto, entraría en franca contradicción con el principio de legalidad⁵⁴³.

MAUGERI, aunque no se mostró radicalmente contraria a la inclusión de este apartado, sí expuso que la técnica legislativa de describir la conducta presentaba el riesgo de generar lagunas, es decir, mostrarse incapaz de captar todas las posibles e inimaginables modalidades de acción del *stalker*, y que esto indujo al prelegislador a recurrir a cláusulas abiertas como la de la analogía, lo que, sin embargo, conllevaba el riesgo de violar el principio de legalidad-taxatividad y la prohibición de la analogía⁵⁴⁴.

PAÍÑO RODRÍGUEZ, por su parte, entendió que el apartado 5º suponía una actuación contraria a Derecho, que dejaba la puerta abierta a múltiples interpretaciones

⁵⁴¹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴² Cf. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *op. cit.*, p. 9.

⁵⁴³ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p. 31.

⁵⁴⁴ MAUGERI, A.M., "El Stalking en el Derecho comparado:..." *op. cit.*, p. 23. Dicha autora, citando a S. FARINI P. PANARELLO, *Le modifichie al codice penale*, en *Lo stalking. Il reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.) e le altre modifichie introdotte dalla legge 23 febbraio 2009, n. 11*, TOVANI, S. /TRINCI, D. (Directores), Giuridica Editrice, Roma, 2009, p. 46, consideraba que, "en todo caso, es apreciable que se lo describa –el artículo–, considerando la amplísima fenomenología del stalking, con el término *molestia*, como hace el artículo 612 bis del Código penal italiano, ya que dicha noción, junto a la de amenaza, constituye un concepto jurídico consolidado y dotado de un fundamento empírico criminológico lo suficientemente delimitado".

que deberán ser perfiladas por la Jurisprudencia⁵⁴⁵.

Por nuestra parte, entendemos acertada la decisión del legislador de no incluir en la redacción final del artículo la quinta causa referida a la analogía. Una fórmula tan abierta no se hubiera adaptado bien a la naturaleza y taxatividad de nuestro derecho penal, como tampoco es bien recibida en el derecho penal alemán ni en los países de tradición codificadora. Y ello a pesar de reconocer que la fórmula abierta empleada por el StGB y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal español pretendía dar respuesta a los distintos casos que pudieran surgir conforme el avanzar de la sociedad, siendo extremadamente difícil agotar en una redacción suficientemente comprensiva todas las posibles manifestaciones de conductas intrusivas que pueden realizarse en los supuestos de *stalking*.

Consideramos que con este apartado, la legislación alemana, así como el derecho español en la redacción original, pretendía evitar que el tipo del delito pueda quedar obsoleto al poco de ser aprobado en caso de que los *stalkers* utilizaran nuevos medios de acoso no específicamente contemplados en el tipo.

Así, conductas como la irrupción en el domicilio, los actos de exhibición obscena o el envío de obsequios y regalos podrían quedar incluidos en el punto quinto del artículo 172 ter, siempre que cumplieran con las premisas de acoso, reiteración y persistencia, falta de legitimación y provocación para un cambio en la vida cotidiana de la víctima, tal y como recoge el primer apartado del mencionado artículo.

En Alemania la indeterminación de dicha quinta conducta delictiva no ha hecho más que apuntalar las dudas acerca de la constitucionalidad del precepto, por causa de su indeterminación, que suscita la caracterización típica del resultado⁵⁴⁶. En cualquier

⁵⁴⁵ PAÍNO RODRÍGUEZ, F. J., "El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas", Rev. Penal, n.º 37, enero de 2016, p. 163-183, estudiando a MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch 20ª edición, Valencia 2015.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 32, citando a LACKNER, K./KÜHL, K., *KStGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2007, § 238, nm. 5; NEUBACHER, F./SEHER, G., "Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)", en *JZ*, 2007, pp. 1033; MITSCH, W., "Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch", en *NJW*, 2007, 18, p. 1239; VALERIUS, B., "Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB", en *JUS*, 2007, 4, p. 322; KINZIG, J./ZANDER, S., *Der neue*

caso, no podemos olvidar que estados tanto de corte anglosajón como europeos (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Bélgica u Holanda) no poseen en su articulado una lista de conductas propias de configurarse como delito de *stalking*; en la descripción del tipo delictivo incluyen conceptos relacionados con la conducta del autor, el resultado, intención o consecuencias, pero no hacen referencia a modalidades tasadas de conducta.

Por ello podemos determinar que el delito de *stalking* alemán se configura aquí como una suerte de figura híbrida, en la que por un lado sí consta una lista de modalidades de conducta que configuran el delito de *stalking*, pero que por otro lado, con la referencia a la analogía, deja la puerta abierta para que conductas realizadas por el sujeto activo inicialmente no previstas por el ordenamiento penal, tengan cabida en el tipo delictivo, siempre que cumpla con los requisitos previstos en el tipo, como es que se trate de una conducta no autorizada y persistente.

Examinadas las críticas cosechadas en el derecho alemán, el legislador español, como expusimos al inicio del apartado, optó por no incluir la analogía como causa de *stalking* y, aunque hemos expuesto nuestra conformidad con la eliminación de tal precepto, lo cierto es que bien pudiera haberse aprovechado para concretar conductas que tendrían cabida dentro de la modalidad de *stalking* pero que sin embargo a día de hoy no quedan recogidas en el presente tipo delictivo. Nos referimos a otras conductas de vigilancia, persecución, monitorización, comunicación, abuso de datos personales, amenazante o de interferencia en la propiedad semejante a las cuatro conductas anteriores; todo ello podría servir para la concreción del precepto y garantizar la protección de la libertad como bien jurídico a proteger.

Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) -Gelungener Abschluss einer langen Diskussion oder missglückte Maßnahme des Gesetzgebers?-, en JA, 2007, 7, p. 486.

3.3.- Modalidades en la comisión del hecho delictivo

3.3.1.- Dolo como delito forma de culpabilidad

Los grados y formas de la culpabilidad pueden ser examinados desde distintos criterios y parámetros. Uno de los modos de valoración es el estudio del tipo en función de la gravedad de la conducta delictiva, y del grado de conocimiento que tiene el sujeto activo sobre la misma.

Distinguimos de esta manera el dolo de la culpa.

Esta es la formulación sistemática procedente en una concepción causal de la acción tradicionalmente aceptada por nuestra doctrina, aunque, en un relevante sector, ha hallado acogida la teoría finalista de WELZEL, para la cual el dolo, equiparado a la finalidad de la acción, se integra en ella, constituyendo un elemento del tipo subjetivo del injusto, rompiendo así con el sistema tradicional⁵⁴⁷.

El estudio del concepto de dolo y todas sus vicisitudes daría lugar a un extenso trabajo. Dado que este tema no es el objeto de estudio final de la presente exposición, nos ceñiremos a enumerar los componentes del mismo, siguiendo a LUZÓN CUESTA.

Dicho autor afirma que el dolo está compuesto por dos elementos: el elemento intelectual y el elemento volitivo.

El elemento intelectual se forma a través de la representación o conocimiento del hecho, y comprende:

a) Conocimiento de los elementos subjetivos del hecho delictivo. Dentro de los mismos, diferenciamos el conocimiento de los elementos normativos y de los descriptivos. El conocimiento de los elementos normativos presenta mayores dificultades que el de los elementos descriptivos ya que, mientras es sencillo saber que se mata otro, no lo es tanto determinar si la acción ofende a las buenas costumbres. Para determinar el grado de conocimiento exigible entendemos que deberá valorarse las condiciones del sujeto en cuestión, y las posibilidades que haya tenido de ser consciente

⁵⁴⁷ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015, p. 83.

de la existencia de una norma o hecho. Este deber de conocimiento deberá aplicarse tanto al tipo básico como a la pena.

b) Conocimiento de la significación antijurídica de la acción. El sujeto ha de conocer que la acción que realiza es típicamente antijurídica, lo que no significa que haya de saber la calificación jurídica de la misma, ni la pena concreta establecida, bastando sepa realizar algo que está prohibido.

El segundo de los elementos que conforman el dolo es el **elemento volitivo**, y viene referido a la voluntad de ejecutar el hecho no significa que se quieran todas sus consecuencias. LUZÓN CUESTA, citando a MIR PUIG, lo describe así: *“Querer no es sólo el perseguir una meta, sino también el aceptar algo por la razón que sea, aunque sea a disgusto y como consecuencia inevitable⁵⁴⁸”*.

Podemos considerar el dolo como una “intención maliciosa que aparece como compendio o síntesis de un proceso anímico abarcador del conocimiento que el sujeto ha de tener, comprensivo de los elementos esenciales del tipo penal, descriptivos y valorativos, y de la definida y firme voluntad de realización del injusto típico, suponiendo la concurrencia de dos factores, el intelectual y el volitivo, incluyendo el primero, no sólo el conocimiento actual de los hechos y de sus circunstancias objetivas, sino también de la significación antijurídica, no formal, pero sí material, del comportamiento”.

Así pues, dolosa será aquella acción voluntaria cuyo significado resulta antijurídico aun así es querida o consentida por el autor.

Si repercutimos lo dicho hasta ahora en el análisis del artículo 172 ter, MENDOZA CALDERÓN considera que el delito de *stalking* es eminentemente doloso, debiendo exigirse por lo tanto, que el conocimiento y la voluntad del agente abarque tanto la realización reiterada de las conductas acosadoras, como el conocimiento de su relevancia causal del resultado previsto por la misma norma incriminatoria. Entiende igualmente que habría que rechazar la posibilidad de que el delito se cometa con dolo

⁵⁴⁸ *Íbid.*, p. 85.

eventual⁵⁴⁹.

Asimismo, opina esta autora que las conductas descritas en el artículo 172 ter, en el plano subjetivo, deben estar interconectadas intencionalmente dentro del contexto de acoso a la víctima, y el dolo del autor ha de abarcar tanto la realización de las conductas como la producción del resultado de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima acosada a consecuencia del este mismo acoso.

Por su parte, BAUCCELLS LLADÓ observa que en los casos de hostigamiento la finalidad de la conducta podrá ser la de conseguir algún tipo de contacto personal con la víctima. Y considera que, si bien es cierto que tal ánimo no concurrirá en absolutamente todos los casos de hostigamiento, no puede negarse que habrá, por un lado, supuestos en los que la finalidad del hostigamiento podrá ser la de atemorizar; y por otro que siendo el ánimo conseguir el contacto personal con la víctima, el dolo en cualquier caso alcanzará la situación de temor a la que se somete la víctima.

Sobre la base de lo expuesto hasta ahora, así como en aplicación del artículo 12 del Código Penal sobre la punición expresa de la imprudencia, entendemos que la conducta del sujeto activo en el delito de *stalking* deberá ser dolosa, en tanto que será requerido el conocimiento de los hechos normativos y descriptivos de la acción, a un nivel “profano”, esto es, sin exigirle un conocimiento profundo sobre la naturaleza y consecuencias de la tipicidad de sus actos, pero también un conocimiento de la antijuridicidad de la acción, y la voluntad de realizar tal comportamiento previsto en el articulado del artículo 172 ter.

3.3.2.- Imprudencia en la comisión del delito

El tipo aquí estudiado requiere el dolo en la realización de la conducta, no admitiendo la realización por imprudencia. Recordamos que el artículo 12 del Código

⁵⁴⁹ MENDOZA CALDERÓN, S, *op. cit.*: “Existirá dolo eventual en los casos en que, habiéndose representado el agente un resultado dañoso de posible no necesario originación (sic.), no directamente querido, lo acepta sin renunciar a la planificada ejecución de la infracción criminal”.

Penal indica que únicamente se castigarán las acciones u omisiones imprudentes en los casos en que la ley así lo disponga expresamente, lo que no sucede en este caso.

El tipo delictivo exige intencionalidad, descartándose las conductas amparadas en la imprudencia y el error de tipo, a diferencia de lo que ocurre en el modelo anglosajón (Gran Bretaña, Canadá, algunos Estados de USA), donde es posible la comisión del delito mediante imprudencia (*recklessness*), es decir, cuando el sujeto activo no tiene intención de molestar, pero es consciente del riesgo de molestia que comporta su conducta para la víctima⁵⁵⁰.

4.- Naturaleza jurídica del delito

Los delitos de resultado se perfeccionan por la consecuencia externa, causada en la víctima o perjudicado, a consecuencia del comportamiento del sujeto activo.

Podemos configurar el delito de *stalking* como delito de resultado, en tanto que la propia redacción del artículo nos indica la necesidad de que la conducta del autor produzca un resultado concreto: el acoso en la víctima. Y que esta situación de acoso la lleve, en consecuencia, a modificar sustancialmente su vida ordinaria⁵⁵¹.

Si bien el artículo es claro cuando exige este resultado para la perfección de la conducta típica, debemos prestar atención a la conducta requerida del autor.

El resultado producido de acoso y consiguiente modificación en la vida ordinaria del sujeto pasivo se constituye a consecuencia de cualquiera de las modalidades de comportamiento delictivo fijadas en el artículo 172 ter primer apartado.

⁵⁵⁰ CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*...", *op. cit.*, p. 12, y MAUGERI, A.M.: "El *stalking* como delito contra la intimidad", en DOVAL PAIS, A. (Directo.) y MOYA GUILLEM, C. (Coordinador.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad. Aspectos referidos a los delitos contra la vida y la salud, violencia de género, stalking, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje*. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 75-76.

⁵⁵¹ Para DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Acoso y Derecho penal", en *Eguzkilore*, nº. 25, 2011, p. 45, el tipo objetivo del nuevo delito de *stalking* debería reunir dos elementos nucleares: la conducta acosadora u hostigadora y la producción de un resultado consistente en la afectación directa y grave de la tranquilidad de la víctima o en el grave perjuicio a su desarrollo vital. Entienden VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de stalking...* *op. cit.*, p 391 y MATALLÍN EVANGELIO, A.: *Delito de acoso...* *op. cit.*, p 580, que la conexión entre la conducta y tal resultado deberá establecerse mediante la pertinente relación de causalidad, que, siendo el resultado tan abstracto y difícil de cuantificar, no está exento de dificultades.

Ya hemos estudiado lo diferentes que son entre sí dichas modalidades de comisión del hecho delictivo.

Advertimos que las conductas típicas enumeradas en el artículo 172 ter, además de no compartir naturaleza, tampoco comparten grado de perfeccionamiento; es decir, que en algunos de los comportamientos mencionados se castigará la acción completa del sujeto, mientras que en otros se castigará igualmente la conducta aun cuando no haya existido perfección de la misma.

De esta manera, si atendemos al tenor literal del artículo, la ley exige, para la existencia del delito de hostigamiento, que el comportamiento del sujeto activo que haya causado el acoso y modificación en la vida de la víctima haya consistido en perseguir, vigilar, establecer contacto con la víctima, adquirir bienes en su nombre o atentar contra su patrimonio. De una lectura de estas modalidades concluimos que se trata de comportamientos que exige la perfección de la acción.

Sin embargo, el propio artículo prevé igualmente otras acciones, incluidas dentro de las modalidades delictivas, en las que se requiere no que el autor perfeccione las mismas, sino que basta con que las haya intentado, si con esa mera intención consigue provocar en la víctima una situación de acoso tal que le haga modificar sustancialmente su modo de vida.

Este es el caso de la acción consistente en “búsqueda de cercanía física de la víctima o intento de establecer contacto con ella”. Estas modalidades de conducta no precisan que el autor complete la actividad iniciada, sino que demuestre la *intención* de causar esta conducta concreta; en el supuesto de la búsqueda de la cercanía física de la víctima, se requerirá la prueba de la *intención* del autor a fin de localizar al sujeto pasivo; de igual forma, la *intención de establecer contacto con ella*, es castigada de la misma forma que si el contacto es igualmente establecido. De esta manera si la víctima advierte, aún sin haber tenido contacto con el autor, que éste, de manera insistente y reiterada, y sin estar legitimado para ello, pretende ponerse en contacto con ella, aún sin conseguirlo, podrá denunciar tal conducta. La pena prevista será la misma que para el

caso en que el contacto efectivamente se realice.

Habiendo determinado que nos encontramos ante un delito de resultado, debemos analizar a continuación si la comisión por omisión tiene cabida en la naturaleza jurídica del delito de *stalking*.

El artículo 11 del Código Penal establece: *“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”*.

Siguiendo a PÉREZ DEL VALLE⁵⁵², podemos afirmar que el comportamiento relevante para el derecho penal no implica siempre la actividad del sujeto, sino que también puede imputarse un hecho de lo que lo fundamental es su inactividad, y ello sobre la base de dos causas distintas:

a) bien porque la ley así lo describe

b) bien porque el resultado descrito en la ley puede ser imputado a quien no hizo nada por evitarlo y reviste determinadas condiciones que permiten esta imputación.

La doctrina moderna desarrolló la teoría de los delitos de omisión con aportaciones que permiten su configuración de las dos categorías indicadas a modo similar a los delitos activos, que han sido incorporados a las leyes y son aplicadas por los tribunales.

El delito de *stalking* no prevé en su articulado una disposición expresa sobre la falta de acción del sujeto activo, por lo que deberemos estudiar el concepto de omisión desde el punto de vista del delito impropio de omisión.

Entiende el autor que en los delitos impropios de omisión, la cuestión se centra

⁵⁵² Sobre esta materia, vid., PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 95-97.

precisamente en los criterios de equivalencia --generalmente, la ley no prevé específicamente un comportamiento omisivo-- pues se considera que la descripción del tipo legal está dedicada al comportamiento activo. Por ese motivo el artículo 11 del código penal regula las condiciones en las que la mitad se le puede imputar el comportamiento típico en la búsqueda de estas condiciones de equivalencia.

En el caso del delito de hostigamiento, debemos preguntarnos si la conducta requerida en el artículo para perfeccionar el tipo delictivo pudiera constituirse por omisión del sujeto. Entendemos que la ley exige que la conducta típica del autor se realice a través de los comportamientos que describe el propio artículo, sin incluir ninguno más (y tampoco la analogía, como ya indicamos en su momento y que el Anteproyecto ya preveía).

La comisión por omisión impropia resulta más fácil de ver en supuestos en que la ley no marca el medio de comisión del delito, sino únicamente el resultado: *el que matare a otro, o, el que impida con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le obligue a hacer algo, sea justo o injusto*. En estos casos la ley no describe los comportamientos que ha de realizar el sujeto activo para tipificar la conducta delictiva, mientras que en el caso del hostigamiento, las modalidades de conducta están tasadas. Ello supone, por tanto, que para apreciar la comisión por omisión, deberemos probar que las modalidades de conducta fijadas en el primer apartado del artículo 172 ter quedan completadas con la inacción del sujeto activo.

Algunas modalidades de delito de acoso podrán materializarse mediante la falta de acción del sujeto: pensemos en que tenga en su poder bienes de la víctima, los cuales se encuentren en mal estado, y los haga perecer sin llevar un comportamiento activo para protegerlos. Pero la realidad es que, aunque teóricamente será posible, en la práctica será difícil encontrara supuestos de inacción por parte del autor que puedan equipararse a las conductas descritas en el artículo 172.

Y es que, aunque pudieran equipararse, la mera realización de las conductas (o la no- realización, en este caso), por sí sola no basta para perfeccionar el tipo delictivo: las inacciones deberían ser repetidas e insistentes, ilegítimas y que causaren a la víctima

una situación de acoso que la hiciera modificar su rutina cotidiana. Decimos, pues, que aunque teóricamente posible, extremadamente complejo en la práctica formular un tipo delictivo de *stalking* mediante la comisión por omisión.

5.- Sujetos activo y pasivo del delito de *stalking*

5.1.- Sujeto activo

El sujeto activo del delito de acoso no presenta ninguna especialidad, pudiendo realizar la acción típica cualquier sujeto que tenga la capacidad intelectual y volitiva adecuada.

5.2.- Sujeto pasivo

Respecto del sujeto pasivo, debemos señalar que, de la misma manera que en el caso del sujeto activo, puede ser víctima cualquier persona.

No obstante, lo cierto es que el artículo 172 ter presenta una especialidad, para el caso en que el delito se cometa contra personas especialmente vulnerables o contra alguna de las que enumera el artículo 173.2 del Código Penal. Hemos considerado oportuno realizar en este apartado el estudio de las mismas, precisamente, por la importancia que tienen los sujetos contra los que se dirige la acción en la calificación final de las consecuencias penales.

5.3.- Tipos agravados en función de los sujetos contra los que se dirige la acción

El artículo 172 ter recoge dos modalidades de tipos agravados.

La primera viene prevista en el último inciso del apartado primero. Dicho precepto se aplicará en el supuesto que el sujeto pasivo de la acción delictiva sea una *persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación*. En estos casos se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años, frente a la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de 6 a 24 meses del tipo básico.

La segunda agravación se encuentra regulada en el apartado segundo del artículo 172 ter, y viene referido a las ocasiones en que la víctima fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, que enumera una larga lista de supuestos: *cónyuge, ex cónyuge, persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, descendientes ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallan sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o con viviente, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, y personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*. En estos supuestos la pena a imponer será de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días.

Comprobamos que mientras que en la primera agravante se requiere denuncia expresa para perseguir el delito de *stalking* (igual que si nos encontráramos antes el tipo básico), en este caso no es necesaria la denuncia previa.

De una sencilla lectura de ambos preceptos (el artículo 172 ter.1 in fine y el apartado segundo de este mismo artículo), observamos que alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 pueden ser incardinadas en el supuesto de personas *especialmente vulnerables* del artículo 172 ter.1 in fine --tales como *menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, y personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*. En el desarrollo de cada uno de los preceptos estudiaremos los problemas concursales y de conflicto de normas que puedan surgir.

Los tipos agravados, descritos anteriormente, van a ser desarrollados a lo largo de este punto, si bien, en aras de intentar focalizar los distintos sujetos pasivos que se describen en los mismos, diferenciaremos tres subapartados:

a) Sujetos pasivos previstos en el artículo 172 ter.1 in fine del Código Penal;

b) Sujetos pasivos previstos en el apartado segundo del artículo 172 ter del Código Penal; y

c) Supuestos en que la víctima es mujer que está o ha estado casada o ha sido pareja del autor de los hechos, previsto igualmente en el apartado segundo del artículo 172 ter. Vemos que esta previsión se encuentra incluida en el artículo 172 ter.2, por lo que la estudiaremos al analizar el precepto en cuestión. Comprobaremos si existe un tratamiento penológico propio por violencia de género o por el contrario si los casos de violencia de esta naturaleza quedan ya protegidos con la aplicación del apartado segundo del artículo 172 ter.

La incorporación de las agravantes previstas en el artículo 172 ter es fruto de una conciencia social, política y legal que alcanza su máxima expresión con la firma del Convenio de Estambul, realizado el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 6 de junio de 2014⁵⁵³.

Dicho Convenio, como hemos tenido oportunidad de mencionar a lo largo del presente trabajo, desarrolla el concepto de violencia contra la mujer, considerándola como *una manifestación del desequilibrio histórico entre el hombre y la mujer, un fenómeno estructural basado en el género y un mecanismo social por el que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres*⁵⁵⁴. Según DE PORRES ORTIZ, esto es lo que explica que en este tratado internacional el foco de atención en materia penal sea muy amplio, ya que no se limita a promover la sanción de los delitos cometidos en el seno de la relación matrimonial o de pareja, como fue el objetivo de la Ley española de Violencia contra la mujer, LO 1/2004, sino que extiende

⁵⁵³ *Convenio del Consejo De sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, con Entrada en vigor el 1 de agosto de 2014, ratificado por España el 27 de mayo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.*

⁵⁵⁴ Así se expresa literalmente en el Preámbulo del Convenio.

la regulación a otros delitos que se cometen en el ámbito doméstico (agresiones) o fuera del entorno familiar pero que son formas delictivas cuyo sujeto pasivo es la mujer de forma abrumadoramente mayoritaria (agresiones y abusos sexuales, matrimonios forzados, mutilación genital, acoso laboral etc.)⁵⁵⁵.

En concreto, el Convenio de Estambul hace constar en su artículo 46 la obligación de las partes firmantes de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que expresa puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en dicho Convenio.

Entre las circunstancias que refiere dicho artículo se encuentran, en el apartado a), los casos en los que *el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad*, lo que queda cumplido a través del apartado 2º del artículo 172 ter del Código penal, ya reflejado en el Anteproyecto de la reforma penal.

El apartado c) y d) se refieren a los supuestos en que el delito se hubiera cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias, o que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor⁵⁵⁶.

Dichas agravantes (así como otras que no guardan relación directa con el caso que nos ocupa) han sido introducidas por la legislación española de diferente forma: como agravantes genéricas del Código Penal, como agravante incorporada a delitos preexistentes, y como agravante propia de los delitos nuevos, incorporados al Código con ella.

⁵⁵⁵ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones...*, *op. cit.*, p. 1-2.

⁵⁵⁶ Vid. Artículo 46 Convenio De Estambul. En el informe explicativo del Convenio se considera a que pueden incluirse las personas menos capaces de defenderse, como: mujeres embarazadas y mujeres con niños pequeños, discapacitados físicos o mentales, personas que viven en áreas rurales o remotas, adictos a determinadas sustancias, prostitutas, personas pertenecientes a una minoría étnica o nacional, migrantes –incluyendo migrantes indocumentados y refugiados–, hombres y mujeres homosexuales, bisexuales y personas transgresoras, seropositivos, vagabundos, niños y ancianos.

La influencia del Convenio de Estambul se deja sentir también en el artículo 172 ter del Código Penal español a través de la plasmación de los dos tipos agravados a los que hemos hecho referencia: los casos en los que la víctima es una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, y cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

Hemos de apuntar que el Anteproyecto de la reforma del Código Penal no recogía esta dualidad de situaciones agravadas, sino que incluía cómo un único supuesto de agravación el caso en que la víctima fuera alguna de las personas recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal.

Esto conllevó la crítica de un sector de la doctrina que entendía, como VILLACAMPA ESTRIARTE, a la vista de las apreciaciones sobre las características de los sujetos pasivos del delito, que si bien el tipo preveía aquellos casos en que la víctima fuera una de las personas contempladas en el Artículo 173.2 CP, no contenía calificaciones para otros supuestos de víctimas especialmente vulnerables por sus circunstancias o por el hecho de ser menores⁵⁵⁷.

La diferenciación de conceptos a la hora de valorar los tipos agravados es, a nuestro entender, un acierto. Y no sólo por lograr de este modo actuar de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Estambul; entendemos acertada esta diferenciación porque de esta manera se distingue claramente los ataques contra la mujer de los que se realizan contra personas especialmente vulnerables.

Y es que en la práctica jurídica puede correrse el riesgo de pretender proteger a la mujer víctima de violencia de género de la misma manera que se protege a personas menores de edad o especialmente vulnerables, y viceversa.

No es ajustado a derecho equiparar la situación de riesgo que parece una mujer por el mero hecho de serlo, con la que padecen otros colectivos tales como los niños y

⁵⁵⁷ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p. 39.

niñas, mujeres embarazadas, discapacitados o miembros de alguna comunidad en riesgo. Porque las circunstancias de cada uno son propias y distintas del resto de grupos.

En concreto, por lo que se refiere a la violencia contra la mujer en el ámbito de violencia de género, debemos señalar que en estos supuestos la mujer es sujeto pasivo de delitos por ostentar la condición de tal, como consecuencia de una situación de abuso y de poder por parte de quien es o ha sido su pareja (o con quien tiene o ha tenido una relación sentimental). Esta situación es digna de represión y por ello entendemos adecuado el establecimiento de un subtipo agravado que demuestre el *plus* de antijuricidad de la conducta realizada por el sujeto activo.

Pero la mujer, en estas circunstancias (cuando no es menor, está embarazada, o es especialmente vulnerable), se presenta ante los órganos jurisdiccionales como una persona adulta y en pleno uso de sus facultades; y como tal ha de ser considerada: los mecanismos del estado deberán contribuir a la protección integral de la misma, sin olvidar que la mujer tiene plena capacidad jurídica y de obrar, no debiendo confundir esa protección integral con una actitud paternalista que en ocasiones puede incluso llegar a suplantar la voluntad de la propia afectada.

La diferenciación de supuestos agravados obedece --según nuestro criterio --, a razones de distinción del bien jurídico protegido. Y ello por entender que en los supuestos de violencia de género se está afectando, además de a la libertad, a la misma condición de mujer que sufre el delito, ofreciendo, como decíamos, un plus de castigo que obedece a la suma de los bienes jurídicos lesionados.

Por el contrario, la agravante en relación con personas especialmente vulnerables protege a personas que, por determinadas circunstancias, no son capaces de ejercitar con plenitud los derechos de los que son titulares; bien por ser menores, o no tener plenas facultades mentales o físicas, por desconocimiento de lengua, cultura o normas propias... Son muchas las razones que pueden justificar la protección de las personas en este ámbito, pero, como decimos, todas ellas tienden a un fin: facilitar la protección de personas que por ellas mismas tienen dificultad para ejercitar y hacer valer sus derechos.

A continuación, analizaremos los dos subtipos agravados contemplados en el artículo 172 ter, esto es, personas vulnerables y las comprendidas dentro del 173.2 del Código Penal. En un tercer apartado examinaremos la incidencia de la violencia de género en el subtipo agravado del apartado segundo. En concreto, determinaremos a) si el apartado segundo del artículo 172 ter prevé la comisión del delito por razones de género, o si por el contrario se hace necesario un tratamiento penológico diferenciado, aplicando, en su caso, la agravante genérica por razones de género; b) el requisito de perseguibilidad aplicable en estos casos; c) el tratamiento penológico, realizando una valoración final sobre la razón de género en la comisión del delito de *stalking*.

5.3.1.- Personas especialmente vulnerables

5.3.1.1. Agravante en el derecho comparado

Como veíamos en el apartado anterior, el Convenio de Estambul reconoce el *extra* de protección que merece no sólo la mujer víctima de violencia por razones de género, sino también personas especialmente vulnerables que se ven afectadas directa o indirectamente por un proceso delictivo.

En concreto, el Convenio recoge en su artículo 46 las circunstancias agravantes, exponiendo que *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio: (...) c) Que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias; d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor; (...)”*⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Convenio del Consejo De sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 27 de mayo de 2014, *op. cit.*, p. 42960.

Vemos cada uno de los dos puntos, y la relación de estos con nuestro derecho penal.

a) *Que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias* (apartado c) del artículo 46).

La vulnerabilidad de la víctima tiene un tratamiento jurídicamente variado en nuestro Código Penal.

Sobre esta cuestión ha escrito el Tribunal Supremo, el cual ha considerado compatibles la violencia o intimidación y la condición de la víctima como especialmente vulnerable, que puede deberse a causas variadas, como la edad o su situación, valorada esta última, tanto genéricamente, como en relación específica con el acusado. Se han excepcionado aquellos supuestos en los que la intimidación solo pueda apreciarse como tal si se pone en relación con esa vulnerabilidad, de manera que prescindiendo de ésta no podría afirmarse la concurrencia de aquella como intimidación suficiente y eficaz⁵⁵⁹.

Desde el punto de vista doctrinal, y tal y como expone DE PORRES ORTIZ, en determinados casos las especiales circunstancias de la víctima pueden dar lugar a la aplicación de la agravante genérica de la “alevosía”, regulado en el artículo 22.1 del Código Penal y que se produce cuando *el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*. Esta agravante se viene aplicando a personas indefensas, tales como los niños, ancianos, ciegos etc. o a personas que accidentalmente están privados de la aptitud para defenderse (personas dormidas, drogadas, sin conocimiento etc.)⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Sentencia n.º 59/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 4 de febrero de 2016, siendo Ponente D. OLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M.

⁵⁶⁰ Cf. DE PORRAS ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio De Estambul*, op. cit., p.2.

De otro lado, también en algunas ocasiones la posición del sujeto pasivo puede dar lugar a la aplicación de abuso de superioridad, prevista en el artículo 21.2 y que se produce cuando se ejecuta *el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.*

No obstante, la condición de “especial vulnerabilidad” se recoge como subtipo agravado en algunos tipos penales especialmente relevantes: artículo 140.1.1 (asesinato); 148.1. 3 y 5 (lesiones); artículo 166.2 a) (secuestro); Artículo 177 bis 4 b) (trata de seres humanos); artículo 180.1 3ª, (agresiones sexuales); artículo 187.1. a), artículo 188.1 a), artículo 189.2 a) y c) (prostitución).

b) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor (apartado d) del artículo 46).

En nuestro Código no existe una agravante genérica equivalente, pero la presencia de un menor aumenta la penalidad en algunos casos, como es el supuesto del delito de malos tratos del artículo 153, apartados 1 y 2, el delito de violencia habitual (artículo 173.2), las amenazas (artículo 171.5) y las coacciones (artículo 172.2).

Entendemos que el término *menores* queda comprendido en el concepto de vulnerabilidad expresado en la presente agravante, si bien esta será la regla general, pues consideramos que habrá situaciones en las que dicho concepto no será de tan clara aplicación, como tendremos oportunidad de comprobar en las siguientes líneas.

* * *

La agravante objeto de estudio ha sido incluida en el delito de *stalking* de algunos ordenamientos jurídicos del derecho comparado, si bien no en todos. En los países de tradición anglosajona no se recoge la agravante por razón de especial vulnerabilidad de la víctima.

Debemos tener en cuenta que la mayoría de los ordenamientos jurídicos que regulan el tipo delictivo de *stalking*, incorporaron esta figura antes de la firma y entrada

en vigor del Convenio de Estambul. Las agravantes relacionadas con el delito de *stalking* y que han sido incorporadas en los ordenamientos del derecho comparado vienen referidas, la mayoría de las veces, a que se haya cometido amenaza de atentar contra persona o bienes de la víctima o sus seres cercanos, a que se haya materializado la amenaza o a que se haya cometido el delito de *stalking* quebrantando una orden judicial.

Si nos centramos en el derecho continental, **Bélgica** apuesta por la creación de un tipo cualificado de *stalking*, establecido en virtud de la Ley 35/2007, y que viene recogido en el artículo 442 ter. De acuerdo con este precepto, el mínimo de penas correccionales indicadas en el tipo básico puede doblarse cuando el móvil del delito sea el odio, el menosprecio o la hostilidad en relación con una persona en consideración a su raza, color de piel, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, sexo, orientación sexual, estado civil, nacimiento, edad, fortuna, convicción religiosa o filosófica, estado de salud actual o futuro, de una discapacidad, de su convicción política, de una característica física o genética o de su origen social.

La aplicación de este tipo requiere, pues, que la razón de ser del delito sea directamente la pertenencia de la víctima a un colectivo de los enumerados anteriormente.

Dentro de la extensa numeración, se hace referencia a la víctima por razón de *nacimiento, estado de salud, actual o futuro o discapacidad*. Pero para poder aplicar el tipo agravado se hace necesario que la comisión del delito de *stalking* se haya realizado *por razón* de pertenecer el sujeto pasivo a alguno de los colectivos enumerados, y con la intención de atacarlo, precisamente, por pertenecer a ese grupo. Esta disposición, por tanto, dista de la nuestra, en cuanto que el Código español no requiere que el sujeto haya cometido el delito por razón expresa de ser la víctima vulnerable; se exige que el sujeto pasivo contra quien se realiza la acción sea persona especialmente vulnerable, independientemente de que la intención del autor al cometer el hecho delictivo fuera la condición de vulnerabilidad del sujeto pasivo, u otra razón distinta.

Malta recoge en su artículo 251B un subtipo agravado del delito de *stalking*⁵⁶¹. En este precepto hace mención a la elevación de penas en los supuestos en que el curso de la conducta ejercida genere en la víctima miedo a que pueda usarse la violencia contra su persona o bienes, o contra personas especialmente allegados a ella, y en particular cita a los menores de nueve años⁵⁶².

No podemos considerar este apartado semejante al Código español, toda vez que en el caso agravado maltés, la conducta sigue desarrollándose contra el sujeto pasivo original, aunque la agravación se da en función del miedo que el autor hace sentir a la víctima de que la violencia se puede proyectar sobre personas allegadas a ella, y en concreto hacia menores de nueve años.

Si miramos nuestro antecedente directo, el derecho **alemán**, percibimos que la agravación en el delito de *stalking* viene referida a situaciones en que el *stalker* cause un peligro para la vida o riesgo de daño grave para la salud de la víctima o allegados a ella, aumentando la pena en caso de que se haya materializado tal peligro. Por tanto, la cualificación del tipo se centra en el resultado causado pro el autor de los hechos, sin referirse a las características del sujeto pasivo.

5.3.1.2. Situación en el derecho español

No obstante nuestra postura acerca de lo adecuado que resulta la incorporación del artículo 172 ter. 1 in fine del Código Penal, no toda la doctrina se muestra conforme con tal inclusión.

Y la discusión comienza por el propio sentido de la palabra, pues no existe en el ordenamiento penal español una definición del término "vulnerable"; si atendemos a la

⁵⁶¹ Código Penal maltés, Artículo 251B: "(1) A person whose course of conduct causes another to fear that violence will be used against him or his property or against the person or property of any of his ascendants, descendants, brothers or sisters or any person mentioned in article 222(1) shall be guilty of an offence if he knows or ought to know that his course of conduct will cause the other to be in fear on any of those occasions, and shall be liable to the punishment of imprisonment for a term from three to six months or a fine (multa) of not less than four thousand and six hundred and fifty-eight euro and seventy-five euros (4658.75) and not more than eleven thousand and six hundred and forty-six euro and eighty-seven cents (11,646.87), or both such fine and imprisonment."

⁵⁶² Artículo 251B en relación con el artículo 222 (1) del Código Penal maltés.

descripción de la RAE, poco podemos avanzar; la palabra *vulnerable* es descrita como un adjetivo y definida como sigue: "Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente", lo cual no deja de ser una alusión general al concepto de lo que puede considerarse víctima del delito.

Desde el punto de vista jurisprudencial tampoco encontramos un asentamiento concreto sobre la definición del término "especial vulnerabilidad", pues la aplicación del concepto se realiza según el caso concreto, en función del delito estudiado.

La Audiencia Provincial de Huelva expone que en el caso de que el tipo penal aplicable prevea la comisión por razón de la edad, será de aplicación la agravante de especial vulnerabilidad solo si la especial *vulnerabilidad* de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad (en aras a evitar el quebranto del principio *non bis in idem*)⁵⁶³. La mencionada sentencia recuerda que el artículo 67 del Código Penal "establece la denominada regla de inferencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, cuyo fundamento está en el principio " " *non bis in idem* ", que proscribe con carácter general la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico. Y se afirma que aunque este principio no está reconocido expresamente en la Constitución se ha considerado directamente emanado del principio de legalidad penal proclamado en el artículo 25.1.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2009 asocia la situación de especial vulnerabilidad con la edad (cuando ésta no se contemple como un requisito propio del tipo penal aplicable), la voluntad débil y facilidad para ser doblegada, la personalidad y el entorno, así como las circunstancias ambientales y la actitud del autor de los hechos⁵⁶⁴. Incide, no obstante, en la necesidad de valorar cada

⁵⁶³ Sentencia de apelación 8/10 de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3ª, de 18 de marzo de 2011, Ponente D. PONTÓN PRÁXEDES, A. G, la cual remite a las sentencias del Tribunal Supremo que vamos a ver a continuación.

⁵⁶⁴ Sentencia 1364/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de diciembre de 2009, ponente D. MARTÍN PALLÍN, J.A.

situación según el caso concreto, sin que sea posible establecer una regla general en la aplicación de tal circunstancia.

La sentencia 1393/2009, recordando la sentencia 333/2007, de 26 de marzo, recuerda que no cabe apreciar vulneración del principio "*non bis in idem*" cuando la especial *vulnerabilidad* de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad, de modo que junto a la circunstancia de que la víctima sea menor de trece años concurre la especial relación de confianza -cuasi familiar- del acusado con los padres del menor y, por tanto, con éste, cosa que, sin la menor duda, le hacía especialmente vulnerable y facilitó la comisión del hecho delictivo⁵⁶⁵. Entiende igualmente que es preciso armonizar la exigencia de aplicación del principio general "*non bis in idem*", con rango constitucional, y la previsión agravatoria de la especial vulnerabilidad.

Ese mismo día se dicta otra sentencia por el Supremo estudiando el concepto de vulnerabilidad⁵⁶⁶. Dicha resolución advierte que la situación de especial vulnerabilidad opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa. La edad es uno de esos factores y como tal puede constituir un dato determinante de la *vulnerabilidad*, si no ha sido ya valorado para integrar, en el tipo básico de agresión sexual, la eficacia de la violencia o la intimidación como medios comisivos dirigidos a vencer la voluntad de una víctima que se opone. Pero junto a la edad, también se hace necesario atender a "la situación", lo cual obviamente atañe al conjunto de circunstancias de hecho presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción.

Una menor fortaleza física o inferior capacidad objetiva de defensa, la impresionabilidad y susceptibilidad de atemorizarse, mayor que la que pueda existir en

⁵⁶⁵ Sentencia 1393/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de diciembre, siendo ponente D. MONTERDE FERRER, F.

⁵⁶⁶ Sentencia 1397/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de diciembre de 2009, siendo ponente D. PREGO DE OLIVER TOLIVAR, A.

una persona madura y adulta: son elementos a tener en cuenta para apreciar la especial vulnerabilidad, pues se trata de algo que pertenece al ámbito de la eficacia intimidatoria de la acción del sujeto dentro de las exigencias del tipo básico de la agresión sexual, puesto que afecta a las condiciones personales de la víctima que hacen posible su intimidación.

Entiende igualmente esta sentencia que para apreciar la vulnerabilidad habrá que atender a la situación del agresor, y a las situaciones en las que éste ejecute el delito en cuestión; la búsqueda y el aprovechamiento de una situación circunstancial de lugar y tiempo en que las víctimas tenían significativamente limitada la posibilidad de escapatoria, o de defenderse y de recibir ayuda eficaz, de manera inmediata, integra por sí misma la especial *vulnerabilidad* de las víctimas. Ello supone que la agravante podrá ser tenida en cuenta aunque la víctima sea menor de edad, sin causar con ello una vulneración al principio *non bis in ídem*.

Desde el punto de vista doctrinal, MATALLÍN EVANGELIO estudia la cuestión⁵⁶⁷. Al examinar el último inciso del primer apartado del artículo 172 ter, recuerda que esta primera agravación prevista en el Artículo 172 ter gravita sobre la especial fragilidad de la víctima, por razón de edad, enfermedad o situación, agravación por la condición del sujeto pasivo, y para evitar solapamientos --con la siguiente agravación-- deberá excluir de su ámbito de actuación a cualquiera de los sujetos citados en el Artículo 173.2 CP, que se integrarán en el campo de actuación de la agravación del número 2 del Artículo 172 ter.

Esta autora cuestiona la inclusión del apartado referido. Entiende que el primer caso, sobre la *especial vulnerabilidad de la víctima*, sin vínculo familiar ni doméstico con el sujeto activo del delito, es innecesario, por preexistir la agravante genérica de abuso de superioridad del Artículo 22 CP, lo que revela una *poco acertada tendencia legislativa*

⁵⁶⁷ Sobre este tema, ver las autoras ACALÉ SÁNCHEZ, M., / GÓMEZ LÓPEZ, R. *Acoso – Stalking*: Art. 173 ter, p. 565-566; GALDEANO SANTAMARÍA, A., *Acoso – Stalking*: Art. 173 ter, p. 567-570 y GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Acoso – Stalking*: Art. 173 ter, 581 – 588, todas ellas en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.

de sobreproteger a las personas «vulnerables», mediante la tipificación específica de tal circunstancia en el mayor número de tipos posibles, aun cuando, como decimos, dichas víctimas no se encuentren necesitadas de especial protección, por el juego de las agravantes genéricas del Código Penal; redundante sobreprotección que genera una evidente confusión normativa altamente desaconsejable⁵⁶⁸.

Por nuestra parte, y en línea con la argumentación jurisprudencial, nos distanciamos de la postura de MATALLÍN EVANGELIO, haciendo las siguientes precisiones:

i) Entendemos que las agravantes genéricas del Código Penal no bastan, en muchos supuestos, para atender el bien jurídico protegido en el delito concreto; el Convenio de Estambul en su artículo 46 –recordamos-- exige la implantación de agravantes por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, lo que no tiene el mismo significado que actuar con abuso de superioridad para cometer la acción delictiva.

Es cierto --hemos de reconocer --, que antes de existir una prevención legal explícita, los operadores jurídicos debían buscar alternativas legislativas que, en algún caso, podrían casar con el supuesto de hecho concreto; en el supuesto de la agravante de superioridad, habría situaciones en las que la relación entre autor y víctima pudiera quedar enmarcada en este tipo de agravación penal.

Sin embargo, no todos los delitos cometidos contra personas especialmente vulnerables requieren un abuso de superioridad. Es por ello que entendemos no es equiparable la agravante genérica de esta naturaleza con la agravante específica recogida en el artículo 172 ter de mayor pena si el sujeto pasivo es persona especialmente vulnerable.

ii) Tampoco vemos necesario, en contra de lo que considera MATALLÍN

⁵⁶⁸ MATALLIN EVANGELIO, , A., Acoso –stalking: Art. 172 ter, en Álvarez García, f. J. (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLAR, J. (Coordinador), *Estudio Crítico...*, op. cit, p. 589-592, estudiando a BAUCCELLS LLADÓS, J., “La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto de Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 21, 2014 y a ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Director), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

EVANGELIO, que se haya de realizar una aclaración expresa sobre la necesidad de exclusión del ámbito de aplicación de esta agravante de los supuestos del artículo 173.2 del Código Penal; y ello por entender que no existirá solapamiento si se parte de la aplicación de las reglas de especialidad, subsidiariedad consunción y absorción, previstas en el artículo 8 del Código Penal, salvando así el aparente conflicto de normas.

5.3.1.3. Pena aplicable

Para el caso de que el sujeto pasivo sea persona especialmente vulnerable, el Código penal prevé una pena de prisión de seis meses a dos años, sin posibilidad de alternancia con penas de otra naturaleza.

Si acudimos al tipo básico, encontramos que el delito de *stalking* conllevará una pena de prisión de tres meses a dos años, o multa de seis a veinticuatro meses, por lo que en estos casos sí se prevé una pena alternativa, a determinar en función del caso concreto en el que nos encontremos⁵⁶⁹.

Por tanto, el caso de atentar contra persona especialmente vulnerable, a pesar de aumentar la pena de prisión, deja al margen la posibilidad de imponer pena de multa como alternativa a la privación de libertad, existiendo en estos supuestos un mayor desvalor de la acción, que se produce al atentar contra persona especialmente vulnerable.

5.3.1.4. Reflexión final

Como hemos ido analizando a lo largo del presente trabajo, para que la conducta de *stalking* sea tenida como tal precisaremos que las distintas modalidades recogidas en el apartado 2 del artículo 172 ter hayan sido repetidas⁵⁷⁰, reiteradas, faltas de legitimación, y que las mismas hayan causado una sensación de acoso a la víctima tal

⁵⁶⁹ Estudia la cuestión MAGRO SERVET, V., “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género”, Diario La Ley, Diario La Ley, nº 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015, p 6-9.

⁵⁷⁰ Aunque la repetición será la regla general, hemos visto que podrá estudiarse la consideración de un solo hecho como delito de acoso, en los supuestos en que este único acto tenga por objetivo causar una multiplicidad de efectos (colocación de los datos personales de la víctima en una página de contactos).

que le hayan hecho alterar sustancialmente su vida ordinaria.

Pues bien, no podemos obviar que, tratándose de personas especialmente vulnerables, en este apartado podremos hablar de menores de edad, o de discapacitados; personas que por sí mismas pueden no ser plenamente capaces en el ámbito jurídico, o pueden no entender la realidad de los hechos acontecidos⁵⁷¹.

En estos supuestos, aunque la conducta reiterada, repetitiva y acosadora se realice directamente sobre estas personas, tal vez ellas no la perciban como tal, debiendo ser sus tutores o representantes los que lo perciban así sobre ella, y en consecuencia modifiquen las rutinas diarias de las personas especialmente vulnerables⁵⁷².

Entendemos entonces que se produce una desviación de la regla general, como es la de que el sujeto pasivo deba ser consciente de la existencia del comportamiento realizado por el autor, pues el conocimiento y la capacidad intelectual y volitiva se traslada del sujeto pasivo a la representación de éste (por el propio concepto del término “vulnerabilidad”).

A ello le sumamos la dificultad añadida --que no es única del artículo 172 ter-- de la definición de persona *especialmente vulnerable*. Se echa de menos una definición clara sobre la descripción del término *vulnerable*, a fin de evitar deducciones subjetivas sobre las personas que pueden integrar esta calificación jurídica. Si bien en ocasiones el término será de clara aplicación y no ofrecerá dudas (menores desamparados, discapaces que no tienen capacidad de entender), en otras muchas situaciones la vulnerabilidad será, seguro, un punto de discusión en tribunales a fin de aplicar o no el tipo agravado del delito de *stalking*. Casos en que la víctima está próxima a alcanzar la mayoría de edad, y el autor de los hechos tiene dieciocho años recién cumplidos: ¿existe aquí una especial vulnerabilidad, si el autor de los hechos es prácticamente de la misma

⁵⁷¹ Recordamos a que partimos de una situación de inexactitud en la definición legal y jurisprudencial del vocablo “*vulnerable*”.

⁵⁷² En función de que los tutores o representantes perciban o no el comportamiento delictivo como acosador contra ellos también, podríamos hablar de un segundo delito de *stalking*, ocasionado a estas segundas personas, o de ellos en posición de un tercero en alguna de las modalidades típicas.

edad que la víctima? Y esto nos lleva a plantearnos otra cuestión: ¿la especial vulnerabilidad se aplicará de manera independiente sobre las características propias del sujeto, o se valorará el contexto en el que se desarrolla la acción, así como las características del autor?

Consideramos, tal y como entiende la jurisprudencia analizada anteriormente⁵⁷³, que la segunda opción es la más adecuada para atender al sentido del precepto. La especial vulnerabilidad conllevará necesariamente un estudio independiente sobre las particularidades del sujeto pasivo. No obstante, una vez realizado este análisis, deberemos ponerlo en relación con las características propias del delito cometido y las condiciones del autor, para concluir si, en este supuesto concreto, con el tipo delictivo perfeccionado y con las condiciones de sujeto activo y pasivo, podemos determinar que ella víctima ostentaba una condición de especial vulnerabilidad en el momento en que fue sometida a la comisión del hecho delictivo.

En ocasiones será difícil, como decíamos, diferenciar la vulnerabilidad o no del sujeto pasivo.

Tampoco podemos olvidar que determinadas personas podrán ostentar la condición de vulnerables o no dependiendo de las circunstancias en las que se haya desarrollado el hecho delictivo pasado.

Entendemos que la inclusión de este apartado en la esfera de descripción del artículo 172 ter es acertada; es cierto que ante la ausencia de dicho apartado los tribunales podrían aplicar agravantes genéricas o en algún caso subsumir la conducta en el apartado siguiente; pero si pregonamos la necesidad de taxatividad en el derecho penal, si pretendemos que las personas que más asistencia necesitan tengan reconocidos sus derechos y protección, el camino para fortalecer estos derechos es la inclusión de tipos penales agravados como el que acabamos de estudiar⁵⁷⁴. Si bien el

⁵⁷³ SSTS 1364/2009, 1393/2009, 1397/2009 y SAP Huelva rollo de apelación 8/10, antes referenciadas.

⁵⁷⁴ ARROYO ZAPATERO, L., "Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género", en MUÑOZ CONDE, F. (Director.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo

Anteproyecto no recogió la descripción de este apartado, (pues únicamente recogía el que vamos a analizar a continuación), entendemos acertada la inclusión final, recordando que será de aplicación el Convenio de Estambul, antes referido, y de esta forma se posibilitará el cumplimiento de las premisas recogidas en él.

5.3.2.- Sujetos pasivos previstos en el apartado segundo del artículo 172 ter del Código Penal

El apartado segundo del artículo 172 ter del Código Penal castiga con penas de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días a quien realice cualquiera de las conductas típicas previstas en el apartado anterior cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173. En estos casos no será necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal a que se refiere el punto 4 de este artículo.

Por su parte, recordamos que el artículo 173.2 del Código Penal recoge los supuestos de violencia habitual en los casos en que entre el agresor y la víctima exista una determinada relación. En concreto, y para el tema que nos ocupa, las personas a las que hace referencia el artículo son las víctimas que presentan con el agresor la siguiente relación: que sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sean las víctimas descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente del agresor, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente

Blanch, Valencia, 2008, ya estableció que la inclusión en los tipos penales de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor *“resultó un punto de encuentro para hacer posible el consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final, lo que sin ser bueno para la coherencia intelectual y política de todos resulta buenísimo para la causa de la lucha contra la violencia de género”*. Ver también ACALE SÁNCHEZ, M., *“Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”*, REDUR 7, diciembre 2009, pp. 37-73; ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer en razón de género en el Código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 109 ss.

del mismo, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

5.3.2.1.- Agravante en el derecho comparado

El derecho comparado ofrece distintas muestras de tipos agravados en el delito de *stalking*. Sin embargo, como tendremos oportunidad de estudiar posteriormente, la mayoría de estados asocian la agravación del tipo con la desobediencia de la orden judicial, la reiteración delictiva o la causación de lesiones producidas al tiempo de la comisión del tipo delictivo.

California prevé penas mayores para el *stalker* que realice la conducta típica existiendo una *restraining order* o una condena previa por delito de *stalking*. Pero nada expone sobre la condición de víctima a la hora de valorar la gravedad de los hechos.⁵⁷⁵

Como mencionábamos anteriormente, en 1996 el delito de *stalking* pasa a ser delito federal, mediante la aprobación de la *Interstate Stalking Punishment and Prevention Act*, la cual introdujo en el US Code este tipo delictivo. El US Code lo incluye en el artículo 2261 A, dentro del Capítulo 110A del Título 18, que lleva por rúbrica "*Domestic violence and stalking*". El delito de *stalking* viene referido a dos supuestos distintos, castigando el comportamiento delictivo cuando es realizado contra la víctima, un miembro de la familia inmediata (definición dada en la sección 115 del texto legal), sin que exista una agravante específica de parentesco o de pareja con el agresor (sí con la víctima, como acabamos de ver)⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ The Penal Code of California, Artículo 464.9 (b). Ver VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal*, op. cit., p. 122.

⁵⁷⁶ Artículo 2261A US Code: "Whoever- (1) travels in interstate or foreign commerce or is present within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or enters or leaves Indian country, with the intent to kill, injure, harass, intimidate, or place under surveillance with intent to kill, injure, harass, or intimidate another person, and in the course of, or as a result of, such travel or presence engages in conduct that- (A) places that person in reasonable fear of the death of, or serious bodily injury to- (i) that person; (ii) An immediate family member (as defined in section 115) of that person; or (iii) a spouse or intimate partner of that person; or (B) causes, attempts to cause, or would be reasonably expected to

La *Interstate Stalking Punishment and Prevention Act* (ley que introdujo el delito de *stalking* a nivel federal) no preveía agravantes por razón de parentesco o pareja, si bien no podemos obviar que dicha ley es consciente de la relación entre dicho delito y la violencia de género y doméstica; no en vano el delito de *stalking* interestatal se incrimina en el mismo capítulo al que se incorporan los delitos relacionados con la violencia doméstica.

Australia, por su parte, relaciona el delito de *stalking* con la violencia doméstica, y lo hace desde los comienzos de la tipificación en dicho país. De la misma manera que sucede en Estados Unidos, no prevé un supuesto específico agravado para el caso de que la conducta se realice contra determinadas personas directamente relacionadas con el autor de los hechos. A modo de ejemplo, el estado de New South Wales recoge el delito de *stalking* en el artículo 562A de la Crimes Act 1900, definiéndolo como “*el hecho de seguir a una persona, observarla o frecuentar las proximidades del lugar de residencia, negocios o trabajo de dicha persona o de cualquier otro lugar que esta frecuente con la finalidad de desarrollar alguna actividad social o de ocio*”. Y define el término “*intimidación*” como “*cualquier conducta que implique acoso o molestia, efectuar llamadas telefónicas reiteradas, o cualquier otra conducta que cause aprensión razonable de ser lesionado o de que lo sea otra persona con la que tenga relación doméstica. O miedo de violencia o dalo sobre cualquier persona o propiedad*”.

Reino Unido, por su parte, articula la normativa protectora contra la violencia doméstica a través de la *Family law Act 1996*, así como a través de leyes anteriores. Dicha legislación reconoce los supuestos en los que los sujetos tengan una relación

cause substantial emotional distress to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of subparagraph (A); or (2) with the intent to kill, injure, harass, intimidate, or place under surveillance with intent to kill, injure, harass, or intimidate another person, uses the mail, any interactive computer Service or electronic communication Service or electronic communication system of interstate commerce, or any other facility of interstate or foreign commerce to engage in a course of conduct that- (A) places that person in reasonable fear of the death of or serious bodily injury to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of paragraph (1)(A); or (B) causes, attempts to cause, or would be reasonably expected to cause substantial emotional distress to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of paragraph (1)(A), shall be punished as provided in section 2261(b) of this title."

familiar o doméstica entre sí, por lo que viene a completar los supuesto de *stalking* generales, vistos en apartados anteriores del presente trabajo. En estos casos, entendemos que sí se tiene en cuenta, a la hora de valorar las repercusiones penales, el régimen de relación existente entre agresor y víctima del delito, con las consecuencias que ello conlleva.

En la introducción al delito de *stalking* pudimos comprobar la falta de regulación al respecto que existe en países iberoamericanos. Únicamente de manera aproximada **Ecuador** hacía mención a una figura semejante a la que aquí conocemos como acoso o *stalking*⁵⁷⁷. En concreto, el artículo 157 de su Código Penal castiga a la persona que *cause perjuicio a la salud mental de la mujer o miembros de su familia, mediante actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones. La pena a imponer será de privación de libertad de 30 a 60 días si causa un daño leve, de seis meses a un año, llegando a los tres años de prisión si el daño causado es severo y no se puede revertir*⁵⁷⁸.

Como vemos, no se trata de una figura propia de acoso, aunque incluye como conducta típica la vigilancia y el hostigamiento causados al sujeto pasivo (víctimas de violencia de género o a sus familiares).

A diferencia de nuestro Código Penal, la legislación ecuatoriana contempla como un delito propio de violencia de género el acoso u hostigamiento contra la víctima.

Dentro del ámbito continental, **Bélgica** introduce, mediante la Ley 35/2007, de 10 de mayo, un tipo cualificado de *stalking*, contenido en el artículo 442 ter. Se trata de una agravante en función de la motivación del autor de los hechos. En concreto, se agravan las penas hasta el doble del tipo básico cuando la conducta delictiva se comete

⁵⁷⁷ Ver punto 1.2.2. de este mismo Capítulo, sobre legislaciones latinoamericanas.

⁵⁷⁸ *Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador*, aprobado por la Asamblea Nacional el 28 de enero de 2014, Oficio No. SAN-2014-0138 ^a Quito, 03 de febrero de 2014, arte. 157.

por razones de odio, menosprecio u hostilidad en relación con la condición de una persona. Y dentro de estas condiciones, el artículo 442 ter hace mención a la condición de sexo de la víctima, edad, o discapacidad (entre muchas otras)⁵⁷⁹.

Malta reconoce un supuesto agravado por razón de parentesco entre autor y víctima. El artículo 222 del Código Penal sanciona un tipo cualificado, aclarando que "(1) *Las penas establecidas en los artículos 216, 217, 218 y 220, y en subartículos (1) y (2) del último artículo anterior se aumentará en un grado cuando se comete el daño - (A) en la persona del padre, madre, o cualquier otra ascendiente legítimo y natural, o en la persona de una hermano o hermana legítima y natural, o en el persona del marido o la mujer, o en la persona del padre natural o la madre, o en cualquier persona mencionada en el artículo 202 (h).*

Las personas a las que se refiere el artículo 202 (h) son las siguientes: esposo (incluyendo si el matrimonio queda disuelto o es declarado nulo), hermano o hermana, ascendiente o descendiente natural, cualquier persona que tenga o haya tenido descendencia con el agresor, cualquier persona con la que el autor conviva o que haya vivido con éste por un periodo de al menos un año antes de la comisión del delito, cualquier persona que sea o haya sido engañada para contraer matrimonio, o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Artículo 442Ter Code pénal - 8 Juin 1867: "*Dans les cas prévus par l'article 442bis, le minimum des peines correctionnelles portées par cette article peut être doublé, lorsqu'un des mobiles du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, [de sa conviction syndicale,]1 d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale*".

⁵⁸⁰ Código Penal maltés, Artículo 202 (h): "(h) when the crime is committed on the person of: (i) the spouse; or (ii) the brother or sister; or (iii) a natural ascendant or descendant; or (iv) another person having or having had a child in common with the offender; or (v) another person living in the same household as the offender or who had lived with the offender within a period of one year preceding the offence; or (vi) another person who is or had been formally or informally engaged with a view to get married; or (vii) other persons who are related to each other by consanguinity or affinity up to the third degree inclusively: Provided that in this paragraph "spouse" includes the person whose marriage with the offender has been dissolved or declared null".

El delito de *stalking* en el derecho **alemán**, por contra de lo que pudiéramos pensar *a priori*, no contempla los supuestos agravados por razón de parentesco en el propio delito de *stalking*. Hemos apuntado en más de una ocasión que el delito de *acoso* español guarda muchas semejanzas con el *stalking* alemán, existiendo similitudes en la enumeración de la estructura típica y en las modalidades de conducta. No obstante, mientras que las agravantes del tipo español se deben a la razón de ser del sujeto pasivo y a la relación que guarda con el autor de los hechos, en el derecho alemán las agravantes obedecen a otros criterios. En concreto, los tipos agravados se aplicarán si, con la acción, el autor pone en peligro de muerte o de sufrir un menoscabo grave de salud a la víctima, pariente suyo o persona cercana a ésta, existiendo un tipo superagravado en el caso de que el autor, con sus actos, haya causado la muerte a cualquiera de las personas enumeradas anteriormente⁵⁸¹.

* * *

A la vista de lo recogido por el derecho comparado sobre agravantes por razón de parentesco, no podemos menos que concluir que la práctica totalidad de ordenamientos no reconocen entre su articulado provisiones concretas sobre agravantes por razón de parentesco en los casos de *stalking* (salvo excepciones como Malta).

Otros estados, como los de corte anglosajón, la reconocen pero lo hacen en la configuración del delito base, como si de delitos de esta naturaleza se tratara. De hecho hemos visto que algunas legislaciones, como la americana federal o la australiana, asocia directamente el delito de *stalking* con la violencia doméstica, sin que exista una agravante específica por razón de parentesco o género. Y ello sin perjuicio de la agravante genérica que en su caso pudiera reconocer la legislación correspondiente.

⁵⁸¹ StGB, §238 (2) y (3).

La legislación española ubica el delito de *stalking* en delitos contra las personas como un atentado a la libertad, sin establecer ningún tipo de asociación por razón del sujeto pasivo; es en el momento de valorar las agravantes cuando se establecen cualificaciones por razón de parentesco o género. El delito de *stalking* en el derecho español se configura como un delito común, y en cualquier caso se aplicará el supuesto agravante si, por razón de la condición de la víctima, se cumple alguno de los supuestos recogidos en el apartado 1 in fine o en el apartado 2 del artículo 172 ter.

5.3.2.2.- Situación en el derecho español

La preocupación por la protección de las personas que menciona el apartado 172 ter. 2 –y por extensión el 173.2-- no es nueva en nuestro derecho penal. No en vano el artículo 173 ha sido modificado en sucesivas ocasiones, perfeccionando las alusiones a personas necesitadas de protección.

Las modificaciones más relevantes, que han afectado al concepto y tratamiento de la violencia de género, son las operadas por las Leyes Orgánicas 11/2003, 5/2010 y 1/2015.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que introdujo un incremento cualificativo y punitivo para las lesiones cometidas en ámbito doméstico, las cuales pasaron de calificarse como falta a hacerlo como delito, e impuso, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Asimismo, reforzó la protección a la víctima y el castigo al autor cuando los delitos de violencia doméstica eran cometidos con habitualidad.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, reconoció como tipo agravado el quebrantamiento que se realizara infringiendo una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que la persona ofendida fuera alguna de las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

En último lugar, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*⁵⁸² contribuye a otorgar mayor protección a las personas enumeradas en el apartado segundo del artículo 173 del Código Penal. El legislador es cada vez más consciente de los compromisos europeos e internacionales que España va adquiriendo.

En concreto, en materia de violencia de género y doméstica, la ley lleva a cabo modificaciones, a fin de reforzar la protección especial que dispensaba hasta entonces el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. Las modificaciones más relevantes operadas por la Ley son las siguientes: incorporación del género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22 (estudiado anteriormente), ampliación del ámbito de la medida de libertad vigilada⁵⁸³, imposición de penas teniendo en cuenta la relación de dependencia económica de la víctima hacia el agresor, y tipificación expresa como delito la manipulación o inutilización de los dispositivos de seguimiento, impuestos en la mayoría de las ocasiones por motivos de violencia de género o doméstica⁵⁸⁴.

* * *

Por lo que respecta a la agravante por motivos de violencia doméstica o de género previsto en el artículo 172 ter. 2, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal ya reconocía la agravación tal y como figura hoy en día en el apartado segundo del artículo 172 ter.

Su inclusión fue celebrada por la mayor parte de la doctrina, así como por los organismos jurídicos consultados tras la redacción del mencionado Anteproyecto, si bien

⁵⁸² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, referenciada anteriormente.

⁵⁸³ Esta medida, que fue introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

⁵⁸⁴ La Ley Orgánica 1/15, de 31 de marzo, añade un apartado 3 al artículo 468, con el siguiente contenido: «3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.»

tuvo algunos detractores.

El Consejo General del Poder Judicial entendió en su informe que la agravación era afortunada, *dada la frecuencia del comportamiento en este ámbito familiar y la mayor facilidad del autor en la ejecución del delito por el conocimiento de la víctima por esa relación familiar, valorando positivamente la inclusión de este delito y la estudiada agravación*⁵⁸⁵.

Por su parte, VILLACAMPA ESTRIARTE entiende que la agravación aquí estudiada gana sentido habida cuenta de la relación existente, mostrada en diversos estudios empíricos y generalmente aceptada por la doctrina científica, según se ha visto, entre violencia familiar y *stalking*, sobre todo una vez acontece el final de la vida en pareja. Relaciona esta autora el supuesto del artículo 172 ter. 2 con el Código Penal italiano, aduciendo que en este, por ejemplo, únicamente se agrava el *stalking* producido en el ámbito de personas que han mantenido algún tipo de relación sentimental –según dispone el Artículo 612.2 CPI– cuando el autor es el cónyuge legalmente separado o divorciado o persona que haya estado ligada por relación afectiva al ofendido⁵⁸⁶.

Por el contrario, MATALLÍN EVANGELIO no se muestra conforme con la incursión de esta agravante en el artículo 172 ter, basándose en las mismas razones por las que no entiende necesaria la implantación del tipo agravado en casos de vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Entiende esta autora que la vigilancia reiterada e insistente, la búsqueda de proximidad física, el contacto o intento de contacto o, en definitiva, cualquiera de las conductas típicas del artículo 172 ter, realizadas en el ámbito de una relación familiar o doméstica de las descritas en el artículo 173.2 CP, pueden generar sin dificultad el

⁵⁸⁵ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, *sobre Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

⁵⁸⁶ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., *El proyectado delito de acecho: incriminación... op. cit.*, p. 35; VILLACAMPA ESTRIARTE, C.: *Delito de acecho... op. cit.*, p. 606; la misma autora, también: *El delito de stalking... op. cit.*, p. 391, en este sentido, ver también CÁMARA ARROYO, S., *Las primeras condenas en España por stalking...*, *op. cit.*, p.16.

ambiente de violencia física o psíquica propio de este último precepto, razón por la cual, lo procedente sería la exclusiva aplicación del mismo.

Con ello –concluye la autora-- *se evitaría el sinsentido de privilegiar el acoso personal agravado por la relación afectiva o familiar de los sujetos frente al delito del Artículo 173.2 CP, pues la pena agravada del Artículo 172.2 ter es menor que la establecida para los supuestos de violencia doméstica del 173.2 CP. Y es que, evidentemente, lo que en ningún caso resultará admisible es la conjunta aplicación de la pena de uno y otro precepto, por mucho que la cláusula concursal del apartado 3 del Artículo 172 ter así lo exija. O aplicamos el Artículo 172.2 ter, privilegiando al acosador, o aplicamos el 173.2 como supuesto de violencia doméstica habitual, considerando los actos constitutivos de acoso como concreción de los actos de violencia física o psíquica exigidos por el tipo. Lo procedente será aplicar el 173.2 exclusivamente, que consumiría la lesión a la libertad derivada de los actos habituales de violencia física o psíquica -- constitutivos asimismo del acoso típico, determinante de la grave alteración de la vida cotidiana--. De otra forma, se produciría una doble valoración de la relación familiar o doméstica y de los actos determinantes de la violencia física y/o psíquica vulneradora del principio *ne bis in idem*, claramente inadmisibles⁵⁸⁷.*

En una línea semejante, y sobre la base de la imposibilidad de doble punición, concurre la argumentación de MENDOZA CALDERÓN. Esta autora establece que, en las ocasiones en que el acoso constitutivo de *stalking* sea parte de un comportamiento propio de la violencia psíquica de carácter habitual, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, contra alguno de los sujetos específicamente recogidos en este último precepto, éste delito debería ser de preferente aplicación frente al de acoso. Máxime, cuando desde la óptica del principio de alternatividad el delito previsto en el Artículo 173.2 CP contempla una pena privativa de libertad de prisión de seis meses a tres años, frente a la pena de prisión de uno a dos años prevista en el Artículo 172 ter CP, que además se presenta asimismo con la alternativa de aplicar en lugar de la pena privativa

⁵⁸⁷ MATALLIN EVANGELIO, A., “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. op. cit.*, p. 576-577.

de libertad, (en los casos en los el ofendido sea alguna de las personas previstas en el Artículo 173.2 CP), una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días⁵⁸⁸.

Por nuestra parte, entendemos adecuada la inserción del apartado segundo del artículo 172 ter del Código Penal, pues de esta manera se cumple con uno de los objetivos del convenio de Estambul, como es el de aplicar como circunstancia agravante la de que *el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad*⁵⁸⁹.

Con la incriminación de esta conducta cobran sentido igualmente las Exposiciones de Motivos y el sentir de las leyes que, año tras año, han venido acoplado el derecho penal español a la normativa europea e internacional, y que se han dado eco de una demanda creciente sobre la inclusión de tipos específicos que recogieran la protección de determinados colectivos en los distintos tipos delictivos; protección que, no obstante poderse hacer desde agravantes genéricas, adquirirían carta de naturaleza al verse insertadas en las conductas delictivas en particular, confiriéndoles así un mayor peso jurídico dentro del ámbito del derecho penal.

Respecto las dobles imposiciones penales, a las que las autoras MATA LLÍN EVANGELIO y MENDOZA CALDERÓN hacían referencia, no son si no, a nuestro entender, aplicaciones de los principios generales del derecho penal. Si bien lo veremos con detenimiento más adelante, señalamos que la regla prevista en el apartado tercero del artículo 172 ter se aplicará en conjunto con las normas generales de los concursos, sin que exista disfunción entre la primera y estas últimas.

Con las consideraciones precedentes no pretende abogarse por la necesidad de

⁵⁸⁸ MENDOZA CALDERÓN, S., "El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013", en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, op. cit., p. 17.

⁵⁸⁹ De esta opinión, CÁMARA ARROYO, S., *Las primeras condenas en España por stalking...*, op. cit., p.16, y MAUGERI, A.M., *El stalking como delito...*, op.cit., p. 70.

emplear este nuevo tipo delictivo para incorporar una suerte de Derecho penal *sexuado* en nuestro texto punitivo; nada más alejado de lo que podría considerarse técnicamente adecuado, tanto atendiendo a las dificultades que ha entrañado la defensa de la constitucionalidad de los preceptos que constituyen muestra de este tipo de mensaje en nuestro Derecho positivo, cuanto atendiendo a las disposiciones del mismo Convenio de Estambul del Consejo de Europa, del que trae causa la inclusión del delito de acoso en España.

En este último texto, pese a reconocerse que el *stalking* y otras conductas que contempla pueden ser un ejemplo de violencia de género, se defiende el uso de terminología neutral desde el punto de vista del género, que no determine, por tanto, aquél al que pertenecen sujeto activo y pasivo. Con todo, el Consejo deja abierta la puerta, si los estados parte así lo creen conveniente, a incluir este tipo de referencias de género en la redacción de los correspondientes delitos en sus respectivos Códigos Penales.

Y, analizado el apartado segundo del artículo 172 ter, comprobamos que no lo ha hecho así el legislador español, pues la regulación del delito de *stalking* se realiza desde el punto de vista de delito común, sin atender a las especiales cualidades del sujeto activo o pasivo. Es en los apartados siguientes a la descripción del tipo básico, cuando la legislación se preocupa de atender a las especiales circunstancias de los sujetos activo y pasivo, y a la relación entre ellos, para definir los tipos agravados del delito de acoso.

5.3.2.3.- Pena aplicable

El artículo 172 ter aplica una pena mayor que el tipo básico, y mayor que la agravante de especial vulnerabilidad. En concreto, impone para estos supuestos la pena de prisión de uno a dos años o alternativamente, la de sesenta a ciento veinte días de trabajos en beneficio de la comunidad.

La redacción original del precepto señalaba como pena para estos casos la mitad

superior de la prevista para el tipo básico de los delitos, lo que ocasionó críticas.

Así, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe, hizo constar lo inadecuado de imponer en estas situaciones pena de multa, por considerar la posibilidad de dependencia económica de la mujer hacia el hombre de tal manera que por la comisión del hecho delictivo en la que es víctima y la consiguiente pena, pueda verse afectada indirectamente ella o los hijos que con la misma permanezcan.

Afortunadamente, la redacción final del artículo tuvo en cuenta las críticas y observaciones realizadas al respecto y modificó esta circunstancia; de hecho, como ya se ha dicho, los delitos relacionados con la violencia hacia la mujer, a partir de la entrada en vigor de la reforma operada por LO 1/2015, no conllevarán pena de multa salvo que se demuestre que no existe dependencia económica de la mujer respecto del autor de los hechos.

Entendemos adecuada la redacción final respecto de la aplicación de pena, aumentando la pena de prisión y ofreciendo como alternativa la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, si bien echamos en falta el aumento del límite inferior de previsión de pena y la previsión de aplicación de medidas asegurativas tales como órdenes de alejamiento o protección. En cualquier caso, las mismas pueden adoptarse con arreglo a las normas generales del derecho y en concreto del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁹⁰.

Y es que, en estos casos, además de la afectación a la libertad de obrar de la persona, el contenido del injusto de la conducta puede ser considerado mayor al suponer un ataque a la integridad moral de la persona sometida a dicha situación, recordando igualmente que la razón aducida por el ejecutivo para incorporar este delito al Código Penal es la necesidad de luchar contra determinadas manifestaciones de la violencia contra la mujer.

⁵⁹⁰ De esta opinión, CÁMARA ARROYO, S., *Las primeras condenas en España por stalking...*, *op. cit.*, p. .16, citando a MAGRO SERVET,V., "Los delitos de sexting...", *op. cit.*,p.19.

Por último, y en consonancia con lo expuesto por ALONSO DE ESCAMILLA, entendemos que hubiera sido adecuado, en relación con otros preceptos del Código Penal que sí lo prevén, el haber incluido dentro de este mismo apartado el que los hechos se realicen en presencia de menores⁵⁹¹. Con ello, además, se cumpliría la obligación para con los Estados parte, como el nuestro, que supone la firma del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y doméstica, en concreto con el artículo 46 en su apartado d)⁵⁹².

Hemos de señalar también que en este supuesto, así como en el caso de especial vulnerabilidad de la víctima, el artículo 57 del Código Penal obliga a imponer al autor una pena de prohibición de acercamiento y de comunicación con la víctima o allegados, garantizando de esta manera la integridad y seguridad de la misma y de las personas cercanas a ella.

5.3.2.4.- Observaciones a la agravante de género y parentesco

No obstante la opinión favorable que nos merece la inclusión de estas agravantes en la redacción del tipo penal, no podemos menos que realizar una serie de observaciones sobre la redacción de la misma, y hacer referencia a aspectos que resultan relevantes a la hora de aplicar el tipo cualificado.

i) Falta de inclusión del término “temor” en la descripción de conducta típica

Hemos visto en apartados anteriores que ordenamientos jurídicos de nuestro entorno recogen el temor que pueda causar el autor a la víctima como un elemento típico de la conducta delictiva. Sin embargo, nuestro derecho penal no reconoce esta acepción como requisito para configurar el tipo. Tampoco se prevé agravación alguna para los supuestos en que la conducta de acoso sea susceptible de causar temor o cause

⁵⁹¹ Como sí lo prevén otros artículos: 171.5 (amenazas); 172 (coacciones); 173.2 (maltrato habitual). Ver

⁵⁹² ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de *stalking*...”, *op. cit.*, p. 7.

efectivamente temor a la víctima acerca de su seguridad personal, esto es, sea efectivamente amenazante, para ella o para sus allegados.

Así, es cierto que los ordenamientos del derecho comparado han optado por incluir entre su articulado el término “temor”. Sin embargo, la capacidad de causar temor a la víctima de este tipo de conductas se está suprimiendo paulatinamente del tipo básico del delito en aquellos países que tienen más experiencia en la incriminación de las misma. Y ello con el objeto de no dejar fuera del ámbito penal la mayor parte de supuestos de este tipo de acoso, en que pudiéndose producir una trascendente afectación a la libertad de obrar de la víctima, la conducta no causa temor⁵⁹³.

Ciertamente, la estructura típica del delito se perfecciona en el momento en que el autor de los hechos *acosa de forma insistente y reiterada* al sujeto pasivo, sin estar legítimamente autorizado, provocando que éste varíe sustancialmente su rutina diaria, y ello a través de alguna de las acciones descritas en el primer apartado del artículo 172 ter del Código penal. ¿Quiere decir esto que el legislador nunca tuvo en mente el concepto “temor” a la hora de tipificar el delito de *stalking*? ¿Por qué no siguió la estela de la mayor parte de los estados próximos a nosotros? ¿Puede que diera por supuesto que el término “acoso” estuviera integrado en el concepto de “acoso”?

Ante estas preguntas debemos realizar una serie de matizaciones.

Como ya hemos advertido, la perfección del tipo delictivo de acoso requerirá necesariamente que la conducta del autor haya provocado que la víctima modifique sustancialmente su rutina diaria. Y las razones por las que la víctima modifica esta conducta pueden ser distintas y muy variadas; a la hora de valorar las razones que mueven a la persona a modificar sus pautas diarias, debemos ponderar diversos factores: la naturaleza de los actos realizados, el número e insistencia de los mismos, las relaciones personales entre las partes, etc. Algunas de estas razones podrán entrar en la psique del sujeto pasivo y causarle un malestar que podríamos denominar “temor”. Pero ni todas las conductas tendrán por qué causar esta sensación, ni todas las personas se sentirán igual al ser sujetos pasivos de una misma conducta típica. Tampoco todas ellas

⁵⁹³ Cf. VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 37.

modificarán (si lo hacen) de la misma manera sus rutinas diarias.

Por todo ello entendemos que exigir que el comportamiento cause temor a la víctima para que la conducta típica pueda ser tenida en cuenta como tal, supone trasladar al sujeto pasivo la carga de la configuración del tipo delictivo, haciendo depender, en ocasiones, de la fortaleza de cada cual la condición de delito o de simple conducta molesta.

En cualquier caso, siguiendo a VILLACAMPA ESTRIARTE, no podemos olvidar que el origen de la incriminación de estas conductas fue aquel en que la víctima resultaba efectivamente atemorizada por el *stalker*. Tanto es así que éstas son los únicos supuestos que contempla dentro de este concepto el Convenio de Estambul, previéndose, por ejemplo, tal circunstancia como agravación en la *Protection from Harassment Act* de 1997 británica.

Lo cierto es que la causación de temor acerca de la propia seguridad de la víctima conduce a una trascendente limitación de la libertad de obrar de la misma, resultado que ya se encuentra abarcado por el tipo básico, de ahí que, con el objeto de no *hiperagrar* en tales supuestos sin más, el legislador no se ha planteado la inclusión de un tipo agravado por el mero hecho de que la conducta sea susceptible de causar temor sobre la propia seguridad o la de tercero⁵⁹⁴.

Visto lo anterior, no podemos sino considerar adecuada la posición del legislador, al dejar fuera de la descripción del tipo el término “temor”.

No obstante, en caso de que la conducta de acoso haya causado temor a la víctima, cabría la posibilidad de apreciar la agravante de “vulnerabilidad”; ello sería posible si, atendiendo al caso concreto, se demuestra que la conducta del autor, persistente, reiterada e ilegítima, haya causado un temor al sujeto pasivo de tal magnitud que le haya dejado en una posición de fragilidad frente a él. Será la autoridad judicial la que pueda apreciar esta circunstancia, pues, como hemos señalado

⁵⁹⁴ Cf. *Íbid.*, p. 37.

anteriormente, no existe una definición legal de tal precepto. En estos casos, sería, en su caso, de aplicación el último inciso del artículo 172 ter 1. Del mismo modo, las personas especialmente vulnerables son más tendentes a sufrir temor por las conductas descritas en el artículo 172 ter, por lo que el término “*temor*” estaría insertado en el concepto de “*vulnerabilidad*”, aunque no quedara descrito expresamente.

ii) Otras agravantes

Uso de armas.- Se hubiera considerado adecuado fijar la inclusión de un supuesto agravado en los supuestos de empleo de armas o instrumentos peligrosos por parte del acosador, pues en ese caso, además de objetivarse que la intención del acosador fuera inducir temor –lo que nos llevaría al supuesto antes visto--, la afectación a la libertad de obrar sería de mayor entidad, como lo demuestra el hecho de que tal circunstancia se prevea entre las posibles agravaciones que contempla el artículo 46 Convenio de Estambul⁵⁹⁵.

De hecho, el uso de las armas con ocasión de la perpetración del delito no está ni siquiera prevista como agravante genérica aun cuando esta circunstancia determina la aplicación de algunos subtipos agravados, tal y como acontece en el artículo 148.1 (lesiones), artículo 153 (malos tratos), 173.2 (violencia habitual) o artículo 180.1.5 (agresiones sexuales).

Presencia de menores.- Agravante recogida en el Convenio de Estambul, en la letra d) del artículo 46, tampoco expone el artículo la agravante en caso de que el delito de cometa en presencia de menores. En nuestro Código tampoco existe una agravante genérica equivalente, pero la presencia de un/a menor agrava en algunos casos el hecho punible, como el supuesto de malos tratos del artículo 153, en los delitos de amenazas del 171.5, coacciones, del 172.2, o en el delito de violencia habitual del artículo 173.2.

Es curioso, respecto de este último, que el legislador sí se ha preocupado de mencionar este artículo en la redacción del artículo 172 ter a la hora de fijar los sujetos

⁵⁹⁵ Convenio de Estambul, *op. cit.*, artículo 46 g).

pasivos, pero sin embargo no ha aprovechado para continuar la lectura y trasladar a este tipo delictivo lo que ya se encontraba previsto en el supuesto del artículo 173.2: que el hecho se cometa en presencia de menores o en el domicilio familiar, o utilizando armas.

iii) Quebrantamiento

El *stalking* se caracteriza por constituir un patrón de conducta, que implica el seguimiento continuado y persistente de la víctima. Dicha persistencia se hace todavía más evidente en los supuestos en que, existiendo una orden de alejamiento o de prohibición de comunicación con la víctima, la misma se quebranta con la finalidad de persistir en la voluntad de tener contacto con ésta, o en que el delito se comete reiteradamente. Esa es la razón por la que en el Código Modelo *anti-stalking* norteamericano revisado en 2007 se propuso la inclusión de un tipo cualificado en los supuestos en que el acusado quebrantara una orden prohibiendo el contacto con la víctima, así como en aquellos en que el autor hubiese sido ya previamente condenado por delito de *stalking* a lo largo de los precedentes diez años, de modo semejante a como hace el Artículo 46 del Convenio de Estambul⁵⁹⁶.

Para los casos en que el autor comete repetidamente el delito de acoso o delitos de naturaleza semejante contamos ya con la agravante de reincidencia, de ahí que no se considere necesaria la inclusión de agravación específica.

Sin embargo, para aquellos supuestos en que el autor comete el delito quebrantando una de las denominadas órdenes de alejamiento o prohibición de comunicación de las contempladas en el Artículo 48 CP, --haya sido impuesta como pena, como medida cautelar o como medida de seguridad-- pese a que podemos apreciar un mayor desvalor de acción en la conducta del autor, no nos queda otra opción más que acudir al delito de quebrantamiento de condena, cualificado en tales supuestos.

Vemos que el legislador español confía la tutela de las víctimas de la violencia doméstica y de género agredidas tras el dictado de una de las referidas órdenes, salvo

⁵⁹⁶ Sobre la reincidencia, ver Convenio de Estambul, Artículo 46 i).

algunas excepciones, a los delitos contra la Administración de Justicia, al cualificar el incumplimiento de dichas órdenes y tratarlo punitivamente como si de la infracción de una sanción privativa de libertad se tratase.

Tal mecanismo se hace todavía más evidente atendiendo a que La Ley Orgánica 1/2015 castiga como delito contra la Administración de Justicia (artículo 468.3) la inutilización de dispositivos electrónicos utilizados para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares –a la que antes nos hemos referido.

Debemos preguntarnos si la reconducción de tales supuestos, con su consiguiente agravación, únicamente a los delitos contra la Administración de Justicia supone un tratamiento adecuado, puesto que el quebrantamiento de medidas de carácter penal impuestas con finalidad tuitiva para con la víctima, más allá de suponer una merma de intereses propios de la Administración de Justicia, fundamentalmente supone ya un atentado contra bienes de carácter individual de la víctima. De hecho la competencia para el conocimiento de tales delitos, en materia de violencia de género, ya ha sido atribuida a los Juzgados especializados de Violencia contra la Mujer. Esto, que sustantivamente no es relevante, ofrece un cambio procesal radical en el tratamiento de estos delitos y sus consecuencias penales.

Por todo ello, más que tratar de forma agravada el quebrantamiento de tal tipo de sanciones en el artículo 468 del Código Penal, entendemos que hubiera sido acertado situarlo como un atentado contra los intereses de la víctima, que ve repetida una conducta contra su persona o allegados, conducta que ya ha sido judicializada, sin que se le dé consideración de tal.

Sobre la base de lo anterior, consideramos que resultaría adecuada la inclusión en el tipo cualificado del delito de *stalking* de los supuestos en que el delito se comete con infracción de una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código, o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, cualificando el quebrantamiento de este tipo de sanciones en el delito de quebrantamiento de condena en otros

supuestos en los que fuera adecuado hacerlo⁵⁹⁷.

5.4.- Incidencia de la violencia de género en la aplicación del artículo 172 ter

Como adelantábamos, veremos en este epígrafe la relación entre la violencia de género con el subtipo agravado del apartado segundo del artículo 172 ter. Examinaremos a) si el apartado segundo del artículo 172 ter prevé la comisión del delito por razones de género, o si por el contrario se hace necesario un tratamiento penológico diferenciado, aplicando, en su caso, la agravante genérica por razones de género; b) el requisito de perseguibilidad aplicable en estos casos; c) el tratamiento penológico, realizando una valoración final sobre la razón de género en la comisión del delito de *stalking*.

5.4.1.- Aplicabilidad de la agravante por razón de género en el tipo delictivo del artículo 172 ter

El artículo 172 ter en su apartado segundo no prevé expresamente la agravante por razón de género, sino que se refiere a un aumento de pena para el caso en que la acción delictiva se cometa contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, lo que incluye a las personas entre las que existiera *una relación sentimental existente o pasada*. Vemos ahora la importancia de este apartado a la hora de calificar el delito de *stalking* cometido en el ámbito de violencia de género.

Los delitos relacionados directamente con la violencia de género son aquéllos que contienen en su articulado previsiones concretas para el caso en que el sujeto activo y pasivo del delito puedan identificarse con lo que la Ley 1/2004 considera víctima de violencia de género y agresor de tal naturaleza⁵⁹⁸.

En cambio, la violencia cometida entre *quienes existe o ha existido un vínculo sentimental*, tiene un carácter bidireccional: puede afectar tanto a la mujer como al

⁵⁹⁷ Sobre la inclusión del delito de quebrantamiento como agravante específica del delito de *stalking*, ver Cf. VILLACAMPA ESTRIARTE, C., "El proyectado delito de acecho", *op. cit.*, p. 37-39.

⁵⁹⁸ Que, como se desprende del artículo 1 de la Ley 1/2004, identifica al autor con el hombre, y al sujeto pasivo con la mujer que sea o haya sido su pareja o esposa, exigiendo, para su aplicación, que el delito se haya cometido como manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y poder de aquél frente a ésta.

hombre en cuanto a ser sujetos activos o pasivos del delito.

Nuestro Código Penal regula la mayoría de los delitos sin atender al género femenino como víctima (salvo algunas excepciones que hemos tenido la oportunidad de conocer), recogiendo igualmente agravantes genéricas en materias de esta naturaleza.

Precisamente sobre la aplicación de la agravante genérica, debemos hacer alusión al artículo 46 del Convenio de Estambul, ya estudiado en los apartados anteriores. Siguiendo a PORRES ORTIZ DE URBINA, la lectura de las agravantes reseñadas en el artículo 46 del Convenio sugiere algunas reflexiones y requiere tener en cuenta una serie de límites para la aplicación de las mismas:

i) En buena lógica y para evitar la vulneración del principio *non bis in ídem*, las agravantes no pueden aplicarse cuando el hecho determinante de la agravación sea un elemento del tipo⁵⁹⁹. Así lo reconoce este artículo, y lo hace también nuestro Código Penal en su artículo 67.

ii) Como consecuencia de lo anterior, el cumplimiento del Convenio se debe entender producido no sólo cuando el elemento de agravación se recoja en una agravante genérica sino también cuando se tome en consideración mediante el establecimiento de subtipos agravados, dado que no todo delito que pueda cometerse contra una mujer precisa del reconocimiento de todas y cada una de las agravantes.

iii) En el listado de agravantes no se contiene la agravante de “motivación de género”, que es precisamente la circunstancia agravatoria incorporada recientemente a nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015⁶⁰⁰.

Teniendo en cuenta los límites anteriores fijados por el Convenio de Estambul, que también recoge nuestro derecho penal, nos centramos en las agravantes genéricas.

⁵⁹⁹ Artículo 46 párrafo 1º: *Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio”.*

⁶⁰⁰ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul*, op. cit., p.2.

Recordamos que en el punto cuarto del artículo 22 del Código Penal se establece como agravante: “4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, **su sexo**, orientación o identidad sexual, **razones de género**, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. En este caso podemos atender a que la razón “de sexo” puede afectar tanto al hombre como a la mujer como sujetos pasivos, mientras que la acepción “de género” queda circunscrita a la condición de víctima mujer, que lo es por el hecho de serlo, siempre que se cumplan las premisas de la Ley Orgánica 1/2004 a la que antes hemos hecho alusión, que a su vez trae cusa del Convenio de Pekín de 1995 donde se describió el concepto de “violencia de género”⁶⁰¹.

Teniendo en cuenta que la agravante prevista en el apartado segundo del artículo 172 ter del Código Penal obedece a razón de parentesco, en la que castiga con mayor pena al autor del delito de acoso en caso que la víctima sea alguna de las personas que recoge el artículo 173.2 (entre las que se incluye, por tanto, la mujer que haya sido o sea pareja o esposa del agresor), **¿podríamos hablar de la posibilidad de aplicar en el artículo 172 ter la agravante “por razón de género” que recoge el artículo 22.4 del Código Penal?** Pues es cierto que el artículo 172 ter.2 es un concepto agravante en sí mismo, pero la agravante prevista no lo ha sido por razón de género, sino por razones de *parentesco*.

Para responder a esta pregunta acudimos a las normas de derecho penal general: si en las agravantes genéricas se hace distinción de la condición de víctima por razón de género (artículo 22.4), de la víctima por razón de relación sentimental con el autor (artículo 23), ¿por qué no podríamos hacer lo mismo en esta ocasión?

Consideramos que, efectivamente, el artículo 172 ter, 2 ha previsto la agravante

⁶⁰¹ IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing entre el 4 y 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1. Advertimos que la alusión a la agravante por razón de relación sentimental presente o pasada (que afecta genéricamente a hombres y mujeres como víctimas) la podemos apreciar igualmente en el artículo 23 de nuestro Código Penal.

por razón de la relación sentimental existente o pasada entre el autor de los hechos y la víctima, por lo que ha tenido en cuenta la agravante genérica del artículo 23, la cual no es de aplicación en virtud del principio *non bis in idem*. Sin embargo, la circunstancia de género no ha sido tomada en cuenta por este mismo artículo, por lo que, en principio, entendemos que podría ser de aplicación la agravante del artículo 22.4., ya que el subtipo agravado, en este caso, no habrá previsto expresamente que el delito se haya cometido “por razones de género”, por lo que el artículo 67 del Código penal no se habría vulnerado.

Y si entendemos que la agravante por razón de género del artículo 22.4 podrá ser de aplicación en los casos del artículo 172 ter, la siguiente pregunta que nos hacemos es la siguiente: **Si nos encontramos en un supuesto de violencia de género, ¿la agravante del artículo 22.4 se aplicaría sobre el supuesto general del primer apartado del artículo 172 ter, o se aplicaría sobre el tipo cualificado del apartado segundo?**

La aplicación del precepto primero (el general) o segundo (el subtipo agravado) se rige por normas imperativas; es decir, el artículo no da opción de optar por un apartado u otro en función de las circunstancias, sino que exige la imposición de uno u otro en función de la relación existente o pasada entre las partes.

Sobre la base de la anterior premisa, no podemos sino entender que la aplicación de la agravante genérica por razón de género que recoge el artículo 22.4 será impuesta sobre el segundo apartado del artículo 172 ter, por existir, siendo violencia de género, una relación presente o pasada de carácter sentimental entre el autor de los hechos y la mujer víctima de los mismos.

En este supuesto las partes, en el momento de perpetrarse los hechos, tienen una relación entre ellas que las sitúa directamente en el supuesto del apartado 2 del artículo 172 ter.

5.4.2.- Requisito de denuncia previa en la persecución del delito de *stalking* en materia de violencia de género

Veremos en apartados posteriores las particularidades sobre la perseguibilidad

del delito de *stalking*, que viene redactada en el apartado 4 del artículo 172 ter, y que requieren, con carácter general, la presentación de denuncia de la víctima o su representante para proceder a la persecución del delito cometido. Sin embargo, en el ámbito de violencia de género, igual que en caso del resto de víctimas que enumera el artículo 173.2, no se hace precisa tal denuncia. En el apartado referido a los requisitos de perseguibilidad tendremos oportunidad de estudiar esta excepción a la regla general de perseguibilidad del tipo delictivo.

5.4.3.- Pena a imponer en delitos de esta naturaleza

El apartado segundo del artículo 172 ter no hace distinción, en cuanto a la imposición de pena, entre los distintos sujetos nombrados en el artículo 173.2, por lo que nos remitimos, en cuanto a este punto, a lo expuesto en el apartado anterior, al estudiar el delito de acoso contra las personas que recoge el artículo 173.2 del Código Penal⁶⁰².

* * *

El origen de la tipificación del delito de *stalking* estaba relacionado con la práctica de persecuciones indiscriminadas y obsesivas a personas conocidas, así como a particulares, pudiendo en ocasiones dirigirse estos comportamientos a personas con las que se había mantenido relación sentimental, si bien, como decimos, no era éste el sentido de la incriminación de tales comportamientos. Únicamente Australia, desde que inició la tipificación del *stalking*, asoció esta figura con la violencia doméstica⁶⁰³.

En nuestro ordenamiento jurídico, CÁMARA ARROYO, citando a VILLACAMPA ESTRUARTE, recuerda que el *stalking* no puede ser conceptualizado como un delito “de género” como tal. Sin embargo, la relevancia del acoso en materia de lucha contra la violencia machista quedaba ya patente en los primeros estadios de la reforma, puesto

⁶⁰² Ver punto 5.3.2.3

⁶⁰³ Sobre este tema, ver punto 1.2.1 de este mismo capítulo.

que, ya en la nota de prensa del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012 se indicaba que la inclusión de este nuevo delito se explicaba por su relevancia en materia de violencia contra la mujer⁶⁰⁴.

De esta manera, y a falta de datos oficiales sobre el número de delitos de *stalking* tramitados en España desde la entrada en vigor de esta figura delictiva a partir del 1 de julio de 2015, la violencia de género guarda relación estrecha con la violencia de género⁶⁰⁵. En cuanto a las manifestaciones de esta materia, expone PASTOR MARTÍNEZ que entre los recientes estudios que se han realizado sobre el *stalking* como modalidad delictiva de violencia de género, se ha constatado que es frecuente por parte del agresor establecer un control sobre la víctima a través del teléfono móvil a modo de «llamadas de control»⁶⁰⁶. Otra cuestión que ha suscitado cierta preocupación en la práctica es el aumento de los delitos de violencia de género entre los jóvenes⁶⁰⁷. En el mismo sentido, MAGRO SERVET entiende que la práctica del *stalking* es muy común en los jóvenes que quieren iniciar una relación con una persona, así como al término de sus primeras relaciones sentimentales⁶⁰⁸. Esta clase de conductas también integrarían un delito de violencia de género, al equipararse las situaciones de noviazgo a las relaciones conyugales.

⁶⁰⁴ CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por *stalking*”, *op. cit.*, p. 16, citando a VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de *stalking*...”, *op. cit.*, p.380.

⁶⁰⁵ MAUGERI, A. M., “El *Stalking* en el Derecho comparado”, *op. cit.*, p.4-5. Expone que el *stalking*, como manifestación de discriminación, afecta más a las mujeres por el hecho de serlo, apuntando que en Europa los hombres *stalkers* representan un 85,5%, mientras que las mujeres un 14,5% (Datos obtenidos de DRESSING, H. /KUEHNER, C. / GASS, P., “Lifetime prevalence and impact of stalking in a European population: epidemiological data from a middlesized German city,” en *Br J Psychiatry*, 2005, p. 168).

⁶⁰⁶ PASTOR MARTÍNEZ, M. A., *El delito de stalking dentro de la violencia de género*, Comunicación presentada en el XIII Congreso sobre la violencia contra la Mujer, hecho en Alicante, el 18 y 19 de noviembre de 2015.

⁶⁰⁷ CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por *stalking*”, *op. cit.* p.17, citando a MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: *Dos aspectos de la violencia juvenil: menores maltratadores y la violencia ejercida en grupo o asociada a bandas*, ponencia impartida en el III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, hecho en Madrid, del 21 al 23 de octubre de 2009., PÉREZ DEL CAMPO, A.M.: “Las jóvenes frente a la violencia de género”, en *Revista de Estudios de Juventud*, Núm.86, 2009, MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., “La jurisdicción de menores ante la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, Núm.86, 2009, y FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Violencia de género: menores víctimas y menores victimarios*, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

⁶⁰⁸ MAGRO SERVET, V., “Los delitos de *sexting*..”, *op. cit.*, p. 20.

Entendemos que con la entrada en vigor del delito de *stalking* en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha dado respuesta a una demanda internacional, ya vista, que instaba al ordenamiento español a seguir la senda legislativa de los países de nuestro entorno europeo.

Consideramos que el delito de *stalking* se configura como un delito común, que contiene una relación de subtipos agravados por razón del sujeto pasivo contra quien se dirige la acción.

La previsión de su comisión en el ámbito de violencia de género está prevista como parte de un subtipo referido a personas unidas al autor por parentesco. No existe un tratamiento penal diferenciado entre la víctima de violencia de género del resto de personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal, lo que hace pensar que la agravante “por razón de género” no se encuentra incluida entre las agravantes previstas en el apartado segundo del artículo 172 ter. 2 del Código Penal. Y ello debido a que no existe una diferencia de consecuencias penales entre los casos en que la víctima del delito de acoso sea o haya sido esposa o pareja del agresor, y el resto de supuestos previstos en el artículo 173.2.

Ello significa que la razón de género no está prevista en el tipo delictivo, lo que, en aplicación *a contrario sensu* del artículo 67 del Código Penal, nos lleva a considerar que cabrá a aplicación de la agravante genérica por razón de género prevista en el artículo 22.44 del Código Penal, siempre que resulte probado que la actuación delictiva se realizó como manifestación de la situación de desigualdad, poder y discriminación del hombre hacia la mujer que fuera o hubiera sido esposa o pareja del mismo.

6.- Causas de justificación

Examinando las causas de justificación, previstas en el artículo 20 del Código Penal, debemos señalar que las mismas tienen difícil cabida en el tipo delictivo de *stalking*, a salvo lo dispuesto en el apartado 7 de dicho artículo. Dicho apartado entronca directamente con uno de los elementos configuradores del tipo interpretado *contrario sensu*: "sin estar legítimamente autorizado". Este precepto, como ya hemos analizado, da pie a que conductas típicamente antijurídicas queden justificadas y exentas de pena.

El artículo 20.7 contempla como causas de justificación los siguientes supuestos: cumplimiento de un deber, y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Íntima relación guardan las causas de justificación con los supuestos, antes estudiados, de actuación de los agentes encubiertos, detectives privados y escraches, remitiéndonos a lo visto en dicho apartado⁶⁰⁹.

Sobre el cumplimiento de un deber, señalamos que el ordenamiento jurídico puede establecer un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de ellos, incluso lesionando con esa actuación un bien jurídico de otro. En este caso, el deber jurídico de actuar y de cumplir con el deber, prevalece sobre a la evitación de daños a otros bienes.

Respecto del ejercicio de un derecho, deberá ponderarse la libertad deambulatoria y de expresión, por un lado, y la vulneración del derecho a la libertad e integridad de quien sufre los actos, por otro, y ello a fin de determinar si la conducta del sujeto activo puede ampararse en tal causa de justificación o si por el contrario los hechos cometidos por éste exceden de la libertad de actuación, penetrando en la esfera jurídica del sujeto pasivo, de tal forma que invaden su autonomía, provocándole una situación de acoso que le haga variar sustancialmente su modo de vida.

El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, deberá estar amparado en el ordenamiento jurídico⁶¹⁰.

En cualquier caso, debemos indicar que la cláusula general de justificación expresada en el artículo 20.7 podría aplicarse en el delito de *stalking* aunque dicho artículo no contuviera el término “sin estar debidamente autorizado”, como así lo ha señalado buena parte de la doctrina⁶¹¹, debiendo concluir que la cláusula, “sin estar

⁶⁰⁹ Ver punto 3.1.3 de este mismo capítulo.

⁶¹⁰ LAMARCA PÉREZ, C.: “Delitos contra la libertad”, en ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. Y MESTRE DELGADO, E.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2016, pág 140, quien pone como ejemplos de causas de justificación las labores de vigilancia dentro de una investigación policial o en la labor de los periodistas en uso de la libertad de información.

⁶¹¹ ACALE SÁNCHEZ, M. Y GÓMEZ LÓPEZ, R.: “Acoso-stalking: Art172ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 566.

legítimamente autorizado”, plantea la duda de su naturaleza, de si se trata causa de justificación o si es un elemento normativo del tipo en estos casos señalados⁶¹².

7.- Culpabilidad e imputabilidad. El error en la comisión del delito

7.1.-Culpabilidad e imputabilidad

No existen especialidades sobre la culpabilidad e imputabilidad en el delito de *stalking*. El delito podrá ser atribuido a toda persona que tenga la capacidad para intelectual y volitiva de realizar la acción penal. Podrán considerarse, en su caso, las causas de exclusión de la de la imputabilidad previstas en el artículo 20 del Código Penal números 1, 2, 3 y 6 del Código Penal, si se dan los requisitos para ello.

7.2.- Apreciación del error en el tipo delictivo

En delito de *stalking* se configura como un tipo doloso. Y como tal, queda conformado por dos elementos.

El primero de ellos era el elemento intelectual, referido al conocimiento del autor sobre los elementos objetivos del hecho delictivo y sobre la significación de la antijuricidad de la acción.

El sujeto activo, al realizar la acción típica, puede apreciar erróneamente las consecuencias o particularidades del tipo. Por ello debemos hacer mención a la teoría del error y las consecuencias penales que de éste se derivan.

Como hemos avanzado en líneas anteriores, el error puede afectar al elemento intelectual del autor en cualquiera de su dos componentes: el conocimiento de los elementos objetivos del hecho delictivo o el de significación de la antijuricidad de la acción.

⁶¹² VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Delito de acecho-*stalking*”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 603, propone la sustitución de término por la expresión “*de modo ilegítimo*”.

El artículo 14.1 y 2. del Código Penal, afectan al *conocimiento de los elementos objetivos del hecho delictivo*, y sus apartados establecen lo siguiente: *“El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente . 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”*.

Por contra, el apartado tercero del artículo 14 afecta directamente al segundo concepto del dolo: el elemento volitivo. El artículo dispone en su tercer apartado: *“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”*.

Los dos primeros números del artículo 14 vendrán referidos al error del tipo, mientras que el tercero se referirá al error en la prohibición.

El error del tipo supone, tal y como se desprende de la propi DOPICO GÓMEZ-ALLER, a norma, un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo; por el contrario, el error de prohibición, que examinaremos posteriormente, se refiere a la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

Para valorar si cabe la apreciación del error en la comisión del delito de *stalking*, deberemos realizar una serie de consideraciones, a fin de determinar cuál es el nivel del error en el que ha incurrido el sujeto, y la capacidad existente para evitar o subsanar tal error, pues de ello dependerán las consecuencias penales.

Vemos en primer lugar los detalles sobre la apreciación del **error del tipo**.

Inicialmente, analizaremos **si el error es vencible o invencible**. Será vencible

cuando el conocimiento equivocado o juicio falso se hubiera podido evitar y el sujeto hubiera debido formar un juicio acertado, atendiendo a las “circunstancias del hecho y las personales del autor”.

El error, por contra, será invencible cuando el conocimiento equivocado se hubiera dado aun atendiendo a las circunstancias del hecho y las personales del autor.

Si quedara probado que el autor del delito de *stalking* no tenía conocimiento sobre el hecho delictivo que formalmente se encuentra cometiendo, evitará la pena por este delito, y ello sin perjuicio de las penas que pudieran imponerse si en la realización de cualquiera de las modalidades de *stalking* hubiera perpetrado delitos de otra naturaleza.

En caso de que no tuviera conocimiento pero éste pudiera haberse logrado, la remisión se hará al último inciso del primer apartado del artículo 14: se castigarán los hechos, en su caso, como imprudentes. Pero, en aplicación del artículo 12 del Código Penal, que no castiga como imprudentes conductas delictivas salvo que así conste expresamente, no podríamos condenar por delito de *stalking*, ya que este tipo no contempla expresamente la posibilidad de comisión por imprudencia. Siendo así las cosas, se evitaría, se darse la circunstancia del error vencible, la condena por delito de acoso.

Cosa distinta es el **error de prohibición** previsto en el artículo 14.3 del Código Penal.

Para estudiar la aplicación del artículo 14.3 seguiremos a PÉREZ DEL VALLE⁶¹³.

El artículo 14.3 del Código Penal actúa como causa de excusa cuando el error del agente, la falta de conocimiento, ignorancia sobre la antijuridicidad de la conducta es invencible.

PÉREZ DEL VALLE entiende que esta excusa se da en un contexto interpretado como inadvertencia de la norma infringida no imputable al autor.

Entiende este autor, no obstante, que no es razonable la separación absoluta

⁶¹³ Cf. PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, p. 230-231.

entre el conocimiento del hecho y conocimiento de la significación social del propio comportamiento; por regla, existe una asociación entre la imputación del conocimiento de lo que se hace y del conocimiento de la desaprobación social de estos hechos (esto es: de que no suponen un comportamiento propuesto por el orden jurídico), sobre todo si se mantiene que la conciencia de lo ilícito no implica una reflexión positiva actual en el instante del hecho.

Por esa razón, el planteamiento de la existencia de un error sobre la desaprobación de la conducta (ausencia de conciencia de lo ilícito) lo es de una excepción (mala conciencia sobre el comportamiento, pero excepcionalmente no se sabe que lo que se hace está socialmente desaprobado).

Pero, en relación con la exclusión del injusto penal, sólo es de interés que contextos de inadvertencia de la norma infringida (que pueda afirmarse como un error) no impliquen deslealtad al derecho al no suponer desautorización del orden jurídico como fuente orientación de conductas. Esto sólo sucede cuando del contexto puede afirmarse un error de prohibición inevitable, o, en términos del artículo 14.3 de Código Penal, la creencia errónea *invencible* de actuar y lícitamente⁶¹⁴.

En el caso del error aplicado a la conducta propia del delito de *stalking*, deberá probarse la asociación irremediable entre la modalidad de conducta realizada por el sujeto activo y la imposibilidad que, atendidas las circunstancias particulares de éste y en relación con los hechos en concreto, tuviera para conocer la antijuridicidad de la conducta.

Además, debemos señalar que no todas las conductas contempladas en el delito de *stalking* podrán ser valoradas de la misma manera a la hora de apreciar la excusa del artículo 14.3 o en su caso la contemplación de la atenuante; analizando las modalidades de conducta del primer apartado del artículo 172 ter, comprobamos que, mientras algunos comportamientos individualmente considerados puedan parecer inocuos y

⁶¹⁴ Cf. PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, p. 201 en relación con p. 230-231.

faltos de relevancia penal (acudir al lugar al que va el sujeto pasivo, seguirlo), existen otros que claramente, al cometerlos el sujeto activo, lo sitúan en una posición muy poco favorable a la apreciación de una excusa por error invencible sobre la antijuridicidad del hecho; pensemos en el caso de un sujeto que repetidamente acude a la puerta de casa de su expareja; se trata de un movimiento libre del sujeto, amparado (en principio) por la libertad deambulatoria que otorga la propia constitución, pero que sin embargo causa en la víctima una sensación de intranquilidad y acoso tal que le hace modificar sustancialmente su vida ordinaria. Es posible, no obstante, que el autor de los hechos, apreciando sus especiales circunstancias y las del hecho, pueda no entender que ese comportamiento pueda ser constitutivo de delito de hostigamiento.

Por el contrario, pensemos ahora en el supuesto de un sujeto que accede a los datos personales de la víctima, o que atenta contra su patrimonio o el de sus allegados, tal y como prevé el artículo 172 ter. En este caso, independientemente de que no conozca los detalles de la antijuridicidad del hecho (que ya hemos puesto de manifiesto que no es requerido para castigar la conducta) será difícil probar que el sujeto, al iniciar las acciones delictivas, no tenía conocimiento que atentar contra el patrimonio de la víctima era constitutivo de una infracción penal; y ello sin perjuicio de que, tal y como se desprende del artículo 172 ter. 3, los hechos puedan ser constitutivos de delito distinto al de hostigamiento, en virtud de la norma antes mencionada.

8.- Intercriminis

8.1.- Consumación del delito

El artículo 172 ter requiere, para atender a la consumación del delito, que el autor haya cumplido los requisitos previstos en el primer párrafo del mismo. Dichos requisitos afectan a los propios hechos cometidos (número de actos realizados, falta de legitimación sobre la realización de los mismos), y a la posición en la que queda la víctima tras la comisión de estas acciones (situación acosadora que le hace modificar su vida ordinaria). Entendemos así que la consumación del tipo delictivo se realizará cuando el

autor cumpla los requisitos aquí expuestos.

Los medios para la comisión del tipo serán variados y de naturaleza heterogénea: son los previstos en los puntos 1 a 4 del artículo 172 ter. Ya hemos estudiado que alguna de las conductas previstas requerirán que el autor haya realizado la conducta (persecución, vigilancia, etc), mientras que otras precisan únicamente el intento por el autor de conseguir un objetivo (búsqueda de cercanía física, intento de ponerse en contacto con la víctima). En cualquier caso, las conductas descritas en estos números no podrán entenderse por sí mismas como constitutivas de la acción penal, y el tipo no se entenderá consumado si éstas no conllevan el cumplimiento de los requisitos previstos en el primer apartado⁶¹⁵.

Las particularidades de los requisitos de consumación han sido estudiadas en el punto 3.1 del presente capítulo, por lo que nos remitimos a este epígrafe, dando por reproducido lo estudiado en el mismo.

8.2.- Tentativa en la comisión del delito

La tentativa viene regulada en el artículo 16 del Código Penal. Tal y como establece PÉREZ DEL VALLE, tentativa es el tipo de ejecución de un delito que no se ha consumado. El fundamento de la sanción de la tentativa se encuentra en la exteriorización de la infracción de la norma que supone. El derecho, como orden de relación entre personas, establece ya previamente una pretensión de respeto como norma jurídica: quien exterioriza una conducta que transgrede esa pretensión de respeto, infringe expresivamente la norma, aunque no haya consumado el hecho. Y lo hace de forma típica cuando el Código Penal prevé el tipo penal de la tentativa. En este sentido, el artículo 16 establece con carácter general la sanción de todos los casos en los

⁶¹⁵ Algunos autores, sin embargo, asocian las modalidades de conducta previstas en los números 1 a 4 con la consumación del tipo delictivo. Y como alguna de estas modalidades no requieren la perfección de la realización efectiva de la misma (búsqueda de su cercanía física, intento de establecer contacto con la víctima), critican que en muchas ocasiones la tentativa será castigada con el mismo rigor que el delito consumado, por quedar definido de este modo en el propio tipo penal (en este sentido, CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*", op. cit., p.12 y QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal. Parte Especial...*, op. cit., p. 178.

que no existe consumación, pero se ha dado inicio ejecución del delito, porque este comienzo de ejecución presupone ya infracción de la norma⁶¹⁶.

Entiende este autor que el comienzo de ejecución es, de esta manera, un elemento decisivo en la definición de la tentativa; es precisamente la línea de separación con la fase preparatoria que, por sí misma, no es punible, si no sólo en los casos de conspiración, proposición y provocación previstas de forma particular en la parte especial del Código Penal.

El tipo objetivo de la tentativa consiste por tanto en el comienzo de ejecución; lo previo al inicio de la ejecución es fase preparatoria, en principio no punible sólo sancionada cuando expresamente se ha previsto en la ley. El punto de partida es una superposición de dos planos: el plan del autor y el tipo del delito (que es un concepto distinto de tipo legal, aunque éste está referido a aquel). No existe tentativa sino de proximidad a la consumación. Tampoco cuando el autor emprende un comportamiento socialmente adecuado que constituye ejercicio de un derecho de uso común⁶¹⁷.

Ya hemos advertido en alguna ocasión la diversidad de conductas que recoge el artículo 172 ter. ¿Cabría hablar de tentativa en el caso del *stalking*?

Antes de dar respuesta a esta pregunta, debemos diferenciar los distintos supuestos que recoge el Código Penal para determinar el alcance de la misma:

En principio, la tentativa del tipo básico requerirá que el *stalker* haya iniciado la acción tendente a producir el resultado de acoso hacia la víctima, y que por causas independientes a él no se haya producido; imaginemos los actos de persecución, aproximación o establecimiento de contacto con la víctima, reiterados e ilegítimos, que sin embargo no causan en la víctima una sensación de acoso que le obligue a modificar sustancialmente su vida ordinaria.

En este supuesto, en la teoría, podríamos hablar de tentativa, ya que el autor ha realizado todos los actos necesarios para conseguir el resultado acosador, y que, por causas independientes a él, no se ha conseguido.

⁶¹⁶ PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal...*, op. cit., p. 262-263.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 267.

Sin embargo, lo que en la teoría puede quedar relativamente claro, no lo está tanto en la práctica. Recordamos que el delito de *stalking* requiere la denuncia del sujeto pasivo (salvo los supuestos especiales ya analizados). En este caso, el ofendido u ofendida por el delito deberá denunciar la comisión del delito de acoso.

Podría plantearse la situación del sujeto que denuncia por sentirse acosado, pero que sin embargo, no ha llegado a modificar sustancialmente su vida ordinaria. En este caso, los comportamientos del sujeto activo habrán causado una situación de acoso, pero estos no han llevado a la perfección del tipo delictivo, por lo que podríamos estar ante el supuesto de tentativa del tipo.

Cosa distinta es la exención de la responsabilidad penal que podrá aplicarse en el caso de que el *stalker* haya iniciado voluntariamente las acciones tendentes a la comisión de los hechos delictivos, pero que, bien desiste en su comportamiento iniciado, bien evita que se produzca la situación de acoso (retirándose antes de que la víctima modifique su conducta, reparando los daños que haya podido causar, etc). Si bien la conducta de hostigamiento podrá quedar impune, ello no obsta para que sean penados los hechos cometidos hasta el momento y que sean objeto de punición. A esta conclusión podemos llegar gracias al propio artículo 16.2 del Código Penal, que indica la necesidad de responder por los hechos que haya cometido en el inicio de la ejecución, si los mismos son constitutivos de otros delitos.

9.- Concurso y figuras afines al delito de *stalking*

El cuarto apartado del artículo 172 ter establece lo siguiente: *“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”*.

En los epígrafes sucesivos vamos a estudiar la incidencia del concurso en el delito de *stalking*. Asimismo, examinaremos la relación entre el *stalking* y figuras delictivas análogas. Las mismas han sido analizadas en apartados anteriores, en concreto en el capítulo dedicado a estudiar los delitos relacionados con la violencia de género.

9.1.- Posturas doctrinales sobre la inclusión del artículo 172 ter apartado 3 del Código Penal

La doctrina se pregunta – y con razón-- si era realmente necesaria la inclusión del apartado concursal en la descripción del tipo delictivo del *stalking* o si, por el contrario, era suficiente con la imposición de las reglas concursales del artículo 73 y siguientes del Código Penal.

VILLACAMPA ESTRIARTE entiende que resulta evidente que al legislador español le ha faltado visión de conjunto a la hora de diseñar una estrategia criminalizadora del acoso que resulte sistemáticamente consistente. Sin duda, la atomización, la sectorialización de la incriminación de las situaciones de acoso, así como los agravios comparativos y los solapamientos normativos que esta legislación de aluvión puede generar son aspectos que deberán ser revisados.

Ante el temor de que la incriminación del delito de *stalking* acabe suponiendo un privilegio indebido en los supuestos en que dicha conducta pueda ser reconducida al actual delito de acoso laboral, o a los más tradicionales tipos del maltrato habitual en el ámbito familiar e incluso a las coacciones o amenazas, según los casos, bastaría con que el nuevo tipo de acoso surgiera como tipo subsidiario, siendo suficiente para superar este escollo, a su criterio, añadir al párrafo primero la salvedad de que *los hechos constituyeran un delito más grave*, evitando por tanto el solapamiento que produce el apartado tercero. Si se hubiera previsto tal cláusula, cabría la inaplicabilidad del este delito siempre que los actos de acoso supusieran la comisión de alguno de los delitos contemplados entre aquellos que atentan contra la integridad moral, y en la mayor parte de los supuestos ya previstos de delitos contra la libertad.

Esto hubiera supuesto asumir un ámbito de aplicación ciertamente limitado del delito de *stalking*. Pero la autora entiende preferible admitir la no aplicación parcial del precepto si con ello se conjura el peligro de privilegiar a unos acosadores respecto de otros cuando en virtud de la aplicación de los principios resolutivos del concurso de normas debiéramos acudir con carácter preferente al artículo 172 ter CP en caso de no prever tal cláusula de subsidiariedad.

VILLACAMPA ESTRIARTE es consciente de que la inclusión de la cláusula de subsidiariedad entra en contradicción con la específica cláusula concursal contemplada en el núm. 3 del artículo 172 ter CP. Y es consciente porque ya antes de la entrada en vigor de la norma, la autora entendió factible la inclusión de una cláusula *ad hoc* que pudiese servir para clarificar las cuestiones concursales que la inclusión de tal tipo suscitaría, haciendo hincapié en que dicha posibilidad concursal no debería predicarse de otros delitos que eventualmente pudiesen servir para incriminar supuestos de acoso psicológico.

Teme la autora que la aplicación del artículo 172 ter.3 pueda acabar abocando a la afirmación de concursos artificiales –y, por tanto, claramente atentatorios contra el principio *non bis in idem*– de delitos, ya que el precepto deja expedita la vía del concurso de delitos de manera indiscriminada.

Esta autora es crítica con la inclusión del apartado tercero en el artículo 172 ter, entendiéndolo que hubiera sido recomendable haberse planteado la previsión de una cláusula en la que, admitiéndose que el tipo contemplado en el Artículo 172 ter del Código Penal pueda entrar en concurso con los delitos en que se hubiesen concretado los actos de acoso, se exceptuara de tal posibilidad de concurso a aquellos delitos que en esencia supusieran el empleo de la violencia psicológica y aquellos otros que atentaran contra la libertad de obrar, pues en uno y otro caso la afirmación del concurso de delitos con el de *stalking* podría suponer la infracción del principio *non bis in idem*⁶¹⁸.

MENDOZA CALDERÓN, por su parte, comparte la postura de VILLACAMPA ESTRIARTE sobre la necesidad de introducción de la cláusula “delito más grave”; así como el Código italiano lo recoge en su articulado, no encontramos esta cláusula en el artículo 172 ter español, con lo que a parecer de esta autora, en relación con su aplicación en los casos en los que se produzca un concurso de leyes con otras figuras delictivas, deberá aplicarse lo previsto en el artículo 8 del Código Penal, siguiéndose lo dispuesto en este precepto, que solamente aplica el principio de *alternatividad* en defecto de los criterios

⁶¹⁸ Cf. VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho”, *op. cit.*, p. 41-42.

de especialidad, subsidiariedad y consunción⁶¹⁹.

MATALLÍN EVANGELIO considera que esta cláusula concursal, en línea con lo establecido en el artículo 173.2 del Código Penal, plantea graves problemas de legitimidad.

Sobre todo partiendo del reconocimiento de la libertad como objeto de tutela, pues nos podremos encontrar con que la conducta aislada, cuya reiteración determina el acoso típico, realice también alguno de los tipos tradicionales de coacciones o amenazas (ej. contacto telefónico o por medio de terceras personas con amenaza implícita o explícita), lesionando la libertad del sujeto.

En tal caso, entiende la autora que, por expresa disposición del Artículo 172 ter, la conducta debería sancionarse individualmente, por el tipo de amenazas que corresponda, y separadamente, por su realización reiterada e insistente, que es la que será constitutiva de acoso, debiendo imponerse las penas de ambos preceptos a pesar de la lesión del mismo bien jurídico, con la consiguiente vulneración del principio *non bis in idem*.

MATALLÍN EVANGELIO considera que *“dicha vulneración también se producirá en la relación del Artículo 172 ter con otros tipos penales que tutelen bienes jurídicos distintos de la libertad”*, y pone como ejemplos *“las relaciones con el delito de acoso sexual del Artículo 184 CP, o con el grooming o sexting del artículo 183 ter, teniendo en cuenta que en tales delitos no se requiere reiteración, bastando un solo acto para que exista acoso”*⁶²⁰. En consecuencia, ello determinará, por ejemplo, la aplicación del 183 ter por el acto individual de acoso, más el 172 ter por los actos reiterados de contacto con el menor por internet para concertar un encuentro sexual, vulnerando el *ne bis in idem*, ya que la parcela de libertad general afectada ya habrá sido tenida en cuenta por el tipo contra la libertad sexual del Artículo 183 ter.

⁶¹⁹ MENDOZA CALDERÓN, S, *El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto d reforma del Código Penal de 2013*, en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las reformas penales*, op. cit., p.16.

⁶²⁰ MATALLIN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015.*, op. cit, p. 576.

La autora entiende que el artículo 172 ter.3 establece una **expresa exigencia de conjunta sanción por cada uno de los delitos que se realicen con los distintos actos constitutivos de acoso**, en su consideración aislada y en su reiteración, lo que llevará, necesariamente, a plantear *non bis in idem*, pues aunque los bienes jurídicos concurrentes sean distintos, lo cierto es que la conducta del sujeto se estará valorando dos veces, una por el acto individual, que contribuye a la producción del resultado típico de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana, y otra por su realización insistente y reiterada, productora de ese mismo resultado, lo que resulta inadmisibles. Si se sanciona por la producción del resultado típico no podemos volver a sancionar separadamente los actos individuales que lo producen.

Concluye MATA LLÍN EVANGELIO –muy crítica con la inclusión del delito de *stalking* en general-- que *la presencia de esta cláusula concursal constituye una evidencia más del carácter innecesario de este delito, pues la exigencia de doble sanción por el resultado final y por cada uno de los distintos actos que concretan ese resultado, teniendo en cuenta que dichos actos, a su vez, serán constitutivos de otros resultados lesivos típicos --ej. vigilancias que determinan en el sujeto unas lesiones psíquicas-- o de otros delitos de mera actividad --ej. vigilancia amenazante que finalmente te altera gravemente el desarrollo de la vida cotidiana y te lleva a cambiar tus hábitos de conducta--*, supone sin ningún género de duda una doble valoración de los actos determinantes del acoso punible⁶²¹.

Por nuestra parte, debemos ser críticos con la presencia de la cláusula concursal del apartado tercero. Veremos, a lo largo del presente punto, que no queda justificada la inclusión de este precepto, pues el objetivo de la misma, que será el de penar no sólo el delito mismo de *stalking*, sino también los delitos cometidos al amparo de tal delito, podría conseguirse igualmente mediante la aplicación de las normas concursales de los artículos 73 y siguientes, y ello sin que exista conflicto entre el precepto y dichas reglas.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 577.

9.2.- Aproximación al apartado 3 del Artículo 172 ter del Código Penal

La dicción literal del apartado tercero del artículo 172 ter del Código Penal siembra dudas en la doctrina y en la aplicación práctica del precepto; tal y como consta en el citado artículo, *“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”*.

Es decir, que desde una interpretación *literal*, las conductas típicas previstas en el primero de los apartados, además de ser las configuradoras del delito de *stalking* si se producen de manera reiterada, ilegítima y con perjuicio para la vida cotidiana de la víctima, además de todo ello, decimos, serán, en su caso, constitutivas del delito que en su caso proceda.

En consecuencia, una conducta que sirve para calificar el tipo delictivo de *stalking*, servirá también, si nos centramos en la interpretación literal de este apartado, para configurar la conducta típica de cualquier otro delito que se encuadre en el comportamiento concreto.

De esta manera, si atendemos a las distintas modalidades delictivas referidas a lo largo del primer apartado del artículo 172 ter, podemos enumerar distintos supuestos:

1.- En el caso de los actos consistentes en *la vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física*, tales conductas podrán adoptar formas delictivas de quebrantamiento (si existe una orden/sentencia en este sentido), de coacciones o incluso amenazas no verbales.

2.- *La comunicación o el intento de comunicación por medios directos o indirectos con la víctima o personas allegadas a ella*, previsto en el punto segundo, podría dar lugar a delitos tales como el quebrantamiento (si existiera resolución que ordenara la prohibición de comunicación), o amenazas, injurias, coacciones, cometidas a través de esta comunicación.

3.- *Uso de datos personales, adquisición de productos o mercancías, o contratación de servicios o conseguir que terceras personas se pongan en contacto con la víctima*. Se trata de una enunciación amplia y en la misma pueden tener cabida

numerosos actos delictivos que pueden ser perpetrados por el autor por esta misma vía: delitos de carácter patrimonial (tales como estafa, robo o falsedad documental), usurpación del estado, vulneración de intimidad, descubrimiento o revelación de secretos, son alguna de las posibilidades.

4.- *Atentado contra la libertad o patrimonio de la víctima o tercera persona cercana a ella.* Este supuesto puede contemplar también numerosos actos delictivos; de hecho, en el primer inicio –atentado contra la libertad-- podría tener cabida cualquiera de los delitos contemplados en el Título VI del Libro II (Delitos contra la libertad), e incluso en el Título VIII (Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales), si partimos de un sentido amplio de la palabra “libertad”. Los atentados contra el patrimonio podrían dar lugar a la aplicación de cualquiera de los delitos comprendidos en el Título XII del Libro II del Código Penal.

Los modelos aquí nombrados son sólo muestras de las numerosas posibilidades existentes en la relación entre el delito de *stalking* con delitos de otra naturaleza, que pueden perpetrarse en el momento de cometer el *stalking*.

Nos debemos plantear entonces si no existe peligro de dualidad penológica, pues, el tenor literal del precepto, lo que parece indicarnos, es que las conductas que conforman el delito de *stalking* (y que por tanto son necesarias para poder proceder al castigo por este delito), pueden constituir delito, a su vez, de otra naturaleza, y el autor debe ser penado por esto.

De esta manera, una misma conducta podrá configurar el delito de acoso y al tiempo, un delito contra la libertad, o contra el patrimonio, o cualquiera de los delitos que hemos ejemplificado más arriba.

En este caso, ¿el artículo 172 ter. 3 se aparta del principio *non bis in idem*, castigando una misma conducta como dos o más delitos distintos?

Sin perjuicio de la crítica que pudiera merecer la imposición de este apartado en el articulado del delito de *stalking*, debemos señalar que los artículos del Código Penal

que describen los distintos delitos no pueden ser contrarios a sus propios principios configuradores.

Y el principio *non bis in idem* no es una excepción.

Este principio, a pesar de referirse en un primer momento a la prohibición de la dualidad de penas penales y administrativas por la comisión de unos mismos hechos, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia entienden que será de aplicación igualmente en el supuesto de que unos mismos hechos puedan ser penados conforme a dos o más normas penales. De esta dicción se desprende la necesaria relación entre el principio *non bis in idem* con las normas concursales previstas en los artículos 73 y siguientes del Código Penal.

En el caso concreto que nos ocupa, debemos recordar que el artículo 172 ter .3 del Código Penal no es el único que regula sanción de otros delitos en la comisión de uno en concreto. Muchos artículos han sido redactados en este mismo sentido, y la manera de resolverlo es la del concurso; normas a las que hemos hecho referencia al comienzo de este apartado.

El precepto no nos indica que las conductas se deban penar dos veces, a modo de concurso real; lo que parece pedirnos este apartado es que no nos olvidemos de que una cosa es el acoso sufrido por una persona que debe variar sustancialmente su vida cotidiana a consecuencia de un comportamiento o comportamientos determinados del sujeto activo (delito de *stalking*), y otra distinta es que esos comportamientos (que han llevado a la víctima a modificar su vida cotidiana), puedan, a su vez, ser constitutivos de delito (cualquiera de los ejemplos a los que nos hemos referido anteriormente).

En el caso del *stalking*, el bien jurídico afectado habrá sido la libertad, que la víctima ha visto limitada a consecuencia de estos comportamientos.

Pero cosa distinta será que, además de la libertad mermada a consecuencia de estos hechos, la víctima haya visto lesionado otro bien jurídico, como su patrimonio, intimidad, etc, suyo o de una persona cercana a la misma, por la conducta o conductas en las que se hayan concretado el delito de acoso.

Es ahora cuando debemos plantearnos ante qué tipo concursal nos encontramos.

En el momento de estudiar los tipos de concurso, LUZÓN CUESTA expone que la acción, que es un concepto naturalista, se valorará jurídicamente, lo que puede dar lugar a las siguientes situaciones:

a) Una sola acción se valora como productora de una sola infracción.

b) Una pluralidad de acciones se valoran, también, como un único delito: delito continuado, delito masa y delito de hábito.

c) Unidad de acción, valorada como constitutiva de dos o más infracciones: concurso ideal.

d) Pluralidad de acciones, que ocasionan pluralidad de infracciones: lo que se denomina concurso real⁶²².

Podemos concretar, tras lo expuesto hasta ahora, que el apartado que mejor se adapta al caso que será el c): *Unidad de acción, valorada como constitutiva de dos o más infracciones: concurso ideal*. Aunque, el apartado d), referido a una pluralidad de acciones, que ocasionan pluralidad de infracciones --lo que se denomina concurso real--), también podrá tener cabida, como veremos a continuación.

9.2.1- Concurso ideal y medial asociado al apartado tercero del artículo 172 ter

En el ámbito del concurso ideal podemos encontrar una dualidad de modalidades: la pluriofensiva, cuando un solo hecho constituye más delitos, y la medial, instrumental o teleológica, la cual se producirá cuando la comisión de un delito sea medio necesario para cometer otro.

En este supuesto entendemos que se debería aplicar, para la punición de esta pluralidad de conductas o de infracciones, principalmente el criterio de *absorción*: es decir, analizar separadamente las penas que correspondieran por el delito de *stalking* y

⁶²² LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed. DYKINSON, Madrid, Abril de 2015, p. 223-225

por el resto de delitos cometidos, y aplicar la pena correspondiente al delito más grave su grado máximo.

En caso de que, computadas las penas separadamente y luego sumadas éstas, dieran un resultado más beneficioso para el reo, se aplicaría, de manera subsidiaria, el criterio de la *acumulación matemática*, sancionando los delitos separadamente.

Lo dicho se deriva del artículo 77 del Código Penal, en redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015⁶²³.

El apartado primero de dicho precepto define el concurso ideal y el medial. El segundo apartado, por su parte, remite al concurso ideal. El tercer apartado define las consecuencias de la aplicación del concurso medial.

Establecida, pues, la norma general del concurso ideal para sancionar los comportamientos delictivos constitutivos, a la vez, de *stalking* y de delitos de otra naturaleza, debemos plantearnos si cabe, en aplicación del apartado tercero, la previsión del concurso *medial*.

Tal y como indicábamos en párrafos anteriores, no todos los autores se muestran conformes con la inclusión de este tipo concursal como un subtipo del concurso ideal, pues en este caso hablamos de varias acciones.

Sin embargo, desde nuestro parecer, no podemos menos que entender que se trata, cuanto menos, de una figura híbrida entre el concurso real y el ideal.

El concurso medial comparte con el real la pluralidad de acciones. El autor comete distintas acciones que, de ser canalizadas separadamente, darían lugar a la

⁶²³ Dicho artículo establece lo siguiente: “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores –sobre acumulación real-- no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

comisión de delitos distintos.

Sin embargo, la particularidad de este tipo de concurso es que uno de los delitos cometidos es *medio necesario* para llegar a cometer el segundo tipo delictivo; sin la existencia del primero, el segundo no podría haberse perpetrado.

Pero si atendemos al tipo que nos ocupa, ¿podemos apreciar realmente la existencia de un concurso medial, o se trata en todos los casos de concursos ideales?

Si leemos detenidamente el apartado primero y tercero del artículo 77 no vemos por qué no puede aplicarse la modalidad medial al artículo 172 ter del Código penal.

Cuando hemos hecho referencia a los ejemplos delictivos que pueden darse al hablar de las modalidades del delito de *stalking*, hemos comprobado que las modalidades de conducta podrían ser, *per se*, constitutivas de delito, y que al enmarcarse en la conducta típica del acoso se tratarán como tal.

Consideramos que en el caso en que el sujeto que ha cometido alguna de las modalidades establecidas en cualquiera de los cuatro apartados del artículo 172 ter.1 del Código Penal, que por sí mismas hayan sido constitutivas de delito (por ejemplo el caso de revelación de secretos, o atentado contra el patrimonio), y que a través de estos hechos haya producido a la víctima una situación de acoso, coincidente con los requisitos establecidos en el primer apartado del artículo 172 ter, nos encontraremos ante un supuesto de concurso medial.

Y ello por entender que, en este caso, el autor se ha valido de la comisión de un/o unos delito/s para llegar a producir a la víctima una situación de acoso prevista y penada en el artículo 172 ter del Código Penal. Se impondrá en este caso la pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave (con el límite de que separadamente computadas, las penas no sean mayores que la fijada, y de que la pena impuesta no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos)⁶²⁴.

⁶²⁴ Ver Artículo 77.2 y.3 del Código Penal.

9.2.2.- Concurso real asociado al apartado tercero del artículo 172 ter

El concurso real ofrece un tratamiento delictual y penológico de carácter **acumulativo**, sumando las penas que corresponderían por los delitos cometidos y estableciendo un máximo de cumplimiento. Esta es la regla general que apunta nuestro ordenamiento jurídico, y que queda reflejada en los artículos 73 y siguientes del Código Penal.

Puede resultar forzado asociar el contenido del artículo 172 ter. al concurso real, pues los concursos de esta naturaleza requieren que se haya cometido más de una infracción que *a priori* no guardan relación unas con las otras. Sin embargo, la propia redacción del artículo 172 ter parece indicar la necesaria relación entre las conductas constitutivas de delito, al referirse a que *“Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”*. Es decir, relaciona el delito de acoso con los delitos cometidos en la perpetración de este tipo delictivo.

La exclusión de la relación entre delitos como supuesto previsto para el concurso real no es una regla que venga establecida expresamente en la definición de concurso real, más bien esta conclusión se extrae por interpretación *a contrario sensu* de las cláusulas de concurso ideal; es decir, si la regla general es la acumulación de penas por las distintas infracciones cometidas (concurso real), y se establece una regla especial en el artículo 77 del Código Penal, para el caso de que un hecho constituya dos o más delitos, o que un delito sea medio necesario para cometer otro, podemos concluir que el concurso ideal no se aplicará en los casos de delitos relacionados, o que un hecho sea constitutivo de uno o más delitos.

Sentado lo anterior, **¿debemos afirmar entonces que en el delito de *stalking* no cabe la aplicación del concurso real?**

La respuesta debe ser negativa, puesto que sí cabe hablar de concurso real en delito de *stalking*; si bien, el concurso real no se aplicará en función de lo dispuesto en

el apartado tercero del artículo 172 ter, sino por aplicación de las normas generales del artículo 73 y siguientes del Código Penal.

A lo largo del presente trabajo hemos tenido la oportunidad de estudiar las distintas (y variadas) modalidades que conforman (o pueden conformar) la conducta típica del delito de acoso o *stalking*. Esta variedad, en cuanto a la naturaleza de las modalidades delictivas, influye sobremanera en la apreciación del concurso en la actividad delictiva, así como en las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

El concurso real se aplicará, en caso del *stalking*, en los supuestos en los que, habiéndose comprobado que el autor de los hechos ha perfeccionado el delito de *stalking* con la realización de conducta o conductas típicas, ha ejecutado, además, comportamientos que el Código Penal califica como delictivos, pero que son independientes de la conducta típica fijada en el artículo 172 ter.

Sin embargo, no es fácil encontrar delitos *independientes* de la conducta delictiva propia del *stalking*, que podamos calificar como autónomos del delito de acoso en sí.

Pensemos en los delitos de robo con fuerza cometidos por el autor del delito de *stalking* tras seguir a su víctima y asegurarse de que ella modifica su ruta y, por ejemplo, tarda más en llegar a casa, aprovechando para entrar y sustraerle diversos objetos. Aunque en principio nada tiene que ver el delito de robo con el de persecución, lo cierto es que el autor, a través de la práctica de la modalidad 1ª del delito de *stalking*, ha podido perpetrar el delito de robo, pues ha conseguido que la víctima no se encuentre en casa para impedir la comisión del delito de robo.

O el caso de quien utiliza los datos personales de la víctima para adquirir productos o mercancías o para tratar que terceras personas contacten con ella, y la obtención de dichos datos la use para beneficio propio el autor; el uso de los datos de la víctima, constitutivo de *stalking*, le ha servido para, por ejemplo, comprar algún producto para el propio autor.

Otro supuesto sería quien busque la cercanía física de la víctima y de lograrlo, cometa contra ella un delito contra la libertad o indemnidad sexual; el delito de agresión no está incluido como modalidad de *stalking*, pero este delito se ha perpetrado tras la comisión del delito de *stalking*, consistente en seguir a la víctima.

Tras ver estos modelos, pudiéramos dudar de la aplicación del concurso real en este tipo delictivo, pues siempre se asociará, aunque sea mínimamente, el primer delito cometido con el segundo, (existiendo por tanto concurso medial). Sin embargo, no podemos afirmar que una mínima relación entre los delitos cometidos sea suficiente para aplicar el concurso medial y no el real; la clave la encontramos en el artículo 77.1 del Código Penal, en el momento en que define el concurso medial: se requiere que el primer delito sea medio **necesario** para cometer el segundo.

Volviendo a nuestros supuestos, el autor del delito de *stalking* que aprovecha los cambios de rutina de la víctima para entrar a robar en su casa, bien podría haberlo hecho mientras la misma estaba trabajando, o en cualquier otro sitio. La comisión del delito de *stalking* no era *necesaria* para perpetrar el delito de robo.

La adquisición, por el autor de bienes para sí y a costa de la víctima, bien podría haberlo logrado usando sus datos personales o mediante otra artimaña.

El autor que sigue a la víctima de manera que causa un acoso a la misma, y posteriormente comete agresión sexual contra ella, bien podría haberla cometido, por ejemplo, sorpresivamente, esperándola en algún lugar, sin llegar a perseguirla.

La diferencia entre aplicar el concurso real o el concurso ideal-medial en este caso-, estriba, como hemos visto, en la *necesidad* de contar con un primer delito para conseguir el segundo. Si no se prueba esa necesidad, la pena a imponer deberá cumplir los preceptos generales de acumulación previstos en los artículos 73 y siguientes del Código penal, y no los especiales del artículo 77 del mismo Código.

9.3.- Reflexión sobre la inclusión del apartado tercero del artículo 172 ter del Código Penal

Entendemos que la redacción del apartado tercero ofrece más sombras que luces en su redacción, pues no comporta una visión clara sobre los delitos que quedan reflejados en el marco concursal, lo que lleva al aplicador del derecho a suplir la carencia legal producida en la redacción del presente punto.

Además, debemos recordar que el *stalking* se desarrolla en un contexto, un clima reiterado de carácter persecutorio, percibido y sufrido por la víctima acosada. En este marco pueden resultar afectados por la conducta de los acosadores múltiples bienes jurídicos en mayor o menor grado, y por ello, tampoco puede reconducirse un fenómeno tan amplio como el acoso *a priori* a un único tipo delictivo que no contemple su amplia problemática⁶²⁵.

En esta línea, podemos señalar que en la realización de las conductas propias del delito de acoso, siendo tan heterogéneas, podrán resultar lesionados otra serie de bienes jurídicos como la libertad, la libertad sexual, la salud, el honor o la intimidad, generándose situaciones en las que el intérprete jurídico deberá valorar si existen supuestos de concurso de leyes (cuando el desvalor que representa el concreto supuesto de hecho fuese abarcado en su totalidad por uno de los preceptos, implicando la exclusión de los demás en el debido respeto al principio *ne bis in idem*) o casos en los que pueda apreciarse la existencia de un concurso de delitos.

No obstante, entendemos, en relación con los supuestos relacionados con la violencia de género, que cuando el acoso constitutivo de *stalking* sea parte de un comportamiento propio de la violencia psíquica prevista en el delito contemplado en el art. 173.2 CP de carácter habitual, contra alguno de los sujetos específicamente recogidos en este último precepto, éste delito debería ser de preferente aplicación, sobre todo, cuando desde la óptica del principio de la alternatividad el delito previsto en

⁶²⁵ En este sentido, MENDOZA CALDERÓN, S, El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013, *op. cit.*, p. 12.

el art. 173.2 CP contempla una pena privativa de libertad de prisión de seis meses a tres años, frente a la pena de prisión de uno a dos años prevista en el art. 172 ter CP, que además se presenta asimismo con la alternativa de aplicar en lugar de la pena privativa de libertad, (en los casos en los el ofendido sea alguna de las personas previstas en el art. 173.2 CP), una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días⁶²⁶.

A diferencia de otros preceptos, (véase el artículo 173.2 del Código Penal), la regla concursal del artículo estudiado no remiten a delitos concretos (como sí lo hace, repetimos, artículos como el 173.2, que establece que las penas a imponer lo serán *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*).

Entendemos, como lo hace MANZANARES SAMANIEGO⁶²⁷, que el apartado tercero recoge una regla concursal específica que, como tal, desplaza las reglas generales del art. 8 CP, al margen de que pueda llevar o no a las mismas conclusiones. La razón de esta técnica legislativa no es clara, pero las anteriores reformas del Código Penal de 1995 ya adelantaron previsiones similares a esta. Así, entendemos que el apartado tercero del artículo 172 ter quedará referido al concurso de normas previsto en el artículo 8 del Código Penal. No obstante, no podremos descartar la posible aplicación de las normas generales concursales previstas en el artículo 73 y siguientes de Código Penal, siendo la autoridad judicial, como decíamos, la que en última instancia valore la conveniencia de estimar una regla u otra.

⁶²⁶ No obstante, la postura doctrinal no es ni clara ni unánime respecto del sentido del artículo 172 ter.3 del Código Penal. Así, JIMÉNEZ SEGADO, C., “Los delitos de género”, La Ley Penal, Sección Estudios, núm. 112, enero-febrero 2015, Ed. La Ley expone que “*En estos casos, doctrina y jurisprudencia se debaten entre el concurso de normas y el concurso de delitos. Si se aplica un concurso de normas por entender que estamos ante un supuesto de progresión delictiva en el que existe «unidad natural de acción», la conducta menos grave quedaría absorbida en la más grave, conforme a la regla tercera del art. 8 del Código. Si se considera que se trata de un concurso de delitos, se debe castigar cada una de las infracciones por separado*”.

⁶²⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Novedades en los delitos de amenazas y coacciones”, *op. cit.*, citando a MOLINA GIMENO, F. J., “La proyección doctrinal de la unidad natural de acción sobre las infracciones penales cometidas en el ámbito de la violencia de género y doméstica”, Diario La Ley, nº. 7354, 2010, con referencias a .La Ley: 3996/1995, 962/2010, 17572/1973 y 7670/1983.

Visto lo anterior, hemos de poner de manifiesto que, si bien entendemos que la inserción de tal cláusula, a pesar de no se clara ni precisa, puede convivir con las reglas fijadas en el artículo 8 del Código Penal, y subsidiariamente, en las previstas en los artículo 73 y siguientes del texto penal, sin que exista desprotección para las partes ni inseguridad jurídica en la aplicación de la norma penal.

9.4.- Supuesto especial de la relación concursal entre el delito de *stalking* y el delito de quebrantamiento, con especial incidencia en materia de violencia de género

9.4.1- Agravante de quebrantamiento en el delito de *stalking* en derecho comparado

Muchos de los países de nuestro entorno (que, recordamos, incriminan el delito de *stalking* antes que nosotros), recogen como un tipo agravado la comisión del delito cuando se realiza quebrantando una orden judicial. Sin embargo, nuestro legislador no aprovechó los antecedentes legislativos del derecho comparado para introducir como tipo agravado la comisión del delito quebrantando una orden judicial.

Siguiendo a la autora PUJOLS PÉREZ, podemos afirmar que países de nuestro entorno –y alejados de él– sí han previsto las consecuencias penales en caso de que el delito de *stalking* se produzca violentando una orden judicial⁶²⁸. Vemos a continuación la previsión que los mismos realizan sobre dicho concepto.

Estados Unidos y Australia prevén la aplicación de agravante en caso de realizarse la conducta de *stalking* incumpliendo una decisión judicial.

En **Estados Unidos**, dos terceras partes de los Estados han incrementado las penas de *stalking* cuando el mismo es cometido mediante la violación de una *protective order*. Así por ejemplo en el caso del Estado de Alabama, se prevé el delito de *stalking*

⁶²⁸ Cf. *Íbid.*, p. 4-9.

en primer y segundo grado (§ 13A-6-90 y siguientes del *Code of Alabama*) y ambos cuentan con un tipo agravado para las personas que, llevando a cabo conductas afines al *stalking*, realizan éstas violando cualquier orden o requerimiento judicial⁶²⁹. De este modo, el acoso cometido en primer grado pasa de ser considerado un delito grave de clase C, penado con una pena de prisión de un año y un día a diez años, a un delito igualmente grave de clase B, castigado con una pena de entre dos y veinte años de prisión. En ambos casos la pena incluye además el sometimiento a trabajos forzados. Por lo que se refiere al delito de segundo grado, éste pasa de ser considerado un delito menor de clase B a un delito grave de clase C y la pena pasa de ser de hasta 6 meses de prisión o trabajos forzados a una pena de prisión con trabajos forzados de entre un año y un día a diez años.

El delito de *stalking* se incrimina federalmente tras la aprobación, en 1996, de la *Intrestate Stalking Punishment and Prevention Act*, la cual introdujo el párrafo 2261A en el *US Code*. Las sanciones que pueden imponerse a este delito son las recogidas en el párrafo 2261B del mismo título, dónde se determina que la pena para el delito de *stalking* no será superior a 5 años de prisión, a la que también se le podrá añadir una pena de multa. Sin embargo, y he aquí la agravación, la pena no podrá ser inferior a 1 año de prisión si el *stalker* ha quebrantado una *restraining order* u otra disposición judicial.

Australia prevé tipos agravados en caso de quebrantamientos en la mayoría de sus estados, como en el territorio de Queensland, que impone uno de los supuestos agravados de *stalking*, recogido en la sección 359 E (3) (c) del *Criminal Code Act 1899*, a quien “*infringe o amenaza con infringir una medida cautelar o una orden judicial impuesta por un Juzgado o Tribunal de conformidad con una ley de la Mancomunidad de Naciones o el Estado*”¹¹. Lo mismo ocurre en otros territorios de Australia tales como el

⁶²⁹ Se recoge en primer lugar el tipo agravado para el *stalking* en primer grado: “*Code of Alabama. § 13A-6-91. Aggravated stalking in the first degree. (a) A person who violates the provisions of Section 13A-6-90(a) and whose conduct in doing so also violates any court order or injunction is guilty of the crime of aggravated stalking in the first degree. (b) The crime of aggravated stalking in the first degree is a Class B felony.*” Y en segundo lugar el tipo agravado para el *stalking* cometido en segundo grado: “*(a) A person who violates the provisions of Section 13A-6-90.1 and whose conduct in doing so also violates any court order or injunction is guilty of the crime of aggravated stalking in the second degree. (b) The crime of aggravated stalking in the second degree is a Class C felony.*”.

Northern Territory, Australian Capital Territory, South Australia y Western Australia, donde la infracción de una orden judicial supone también una circunstancia agravante.

Por su parte, estados como Reino Unido, Escocia, Irlanda, Austria y Luxemburgo no prevén como agravante la realización del delito infringiendo orden judicial.

En concreto, **Reino Unido**, no prevé que el hecho de violar una *restraining order* suponga una agravación respecto al tipo básico de acoso, aunque su infracción está especialmente prevista en la sección 5 del *Protection from Harassment Act 1997*. La pena prevista, igual que para el tipo básico, es de un periodo de hasta 6 meses de prisión y/o una multa que no exceda las 5.000 libras --para el caso de que sea reputado falta--, o prisión de hasta 5 años y/o multa --en caso de que sea reputado delito.

Las mismas reglas son aplicadas en el territorio de **Escocia** respecto de las *non-harassment orders*.

El ordenamiento penal **Irlandés**, en la Sección 10 (3) de la *Non-Fatal Offences Against de Person Act 1997*, prevé que el tribunal pueda imponer junto a la pena principal o como alternativa a cualquier otra sanción y durante el plazo que el órgano jurisdiccional considere oportuno, la prohibición de comunicación por cualquier medio con la víctima o la prohibición de acercarse a ella a cierta distancia, especificando cual es el lugar de residencia de la víctima y el lugar en el que trabaja, manteniendo la misma pena para el caso que el acoso se produzca mediante la infracción de esta prohibición.

Austria y Luxemburgo no prevén en su articulado ningún tipo agravado, por lo que tampoco tiene en consideración el desvalor producido por la violación de la posible orden de protección impuesta.

Por último, países como Italia, Alemania y Francia prevén en sus articulados la comisión del delito de acoso con agravantes. Sin embargo, las mismas obedecen a motivos de la situación del sujeto pasivo. No se refieren al aumento de penas en caso en que la acción delictiva se realice quebrantando una orden judicial.

En **Italia**, el acoso se ha tipificado mediante el delito de *atti persecutori*, no recoge tampoco ninguna agravación respecto a la violación de una orden de protección. Aunque

en la redacción original del *atti persecutori*, introducido en el *Codice Penale* en 2009, no se contaba con tipos agravados, éstos fueron introducidos mediante el Decreto Ley de 14 de agosto de 2013 nº 93. Estas agravaciones, sin embargo, se introdujeron con el fin de proteger a las víctimas de violencia de género y a aquellas personas especialmente vulnerables tales como menores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad recogidas en el artículo 3 de la Ley 5 de febrero de 1992 nº 104, también llamada *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*.

Alemania prevé dos tipos agravados en el delito de *stalking*, los cuales tienen en consideración el desvalor que representa la mayor puesta en peligro de los bienes jurídicos de la víctima, así como el resultado producido - por ello, se agrava tanto poner en peligro la vida o la integridad física de la víctima, un familiar o una persona próxima a ella como la consecución de su muerte-.

Francia, por su parte, eleva la pena del delito de acoso dependiendo de hacia quién se dirigió el *harcèlement moral*, poniendo especial énfasis en los menores y personas con discapacidades, sin introducir el elemento agravante de quebrantamiento de orden judicial.

9.4.2.- Situación en el derecho español

El *stalking* se caracteriza por constituir un patrón de conducta, insistente y reiterado, ilegítimo y que produce en la víctima una situación de acoso. El delito se materializa mediante la realización de alguna de las conductas previstas en el primer apartado del artículo 172 ter, que hemos tenido oportunidad de estudiar en apartados anteriores.

Por su parte, el delito de quebrantamiento, previsto y penado en el artículo 468 y que también hemos tenido oportunidad de estudiar en capítulo anterior, castiga a quienes:

a) Quebranten su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos, y a quienes

b) Quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada, con la pena de prisión de seis meses a un año en todo caso.

En un último apartado se castiga a quienes inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.

Comprobamos que el segundo de los apartados está previsto para los quebrantamientos de los delitos relacionados con la violencia de género o familiar. La diferencia con el tipo básico es que la imposición de pena en el tipo agravado será de prisión en todo caso.

Si atendemos a las modalidades de conducta que conforman el delito de *stalking*, podemos deducir que algunas de ellas, en su aspecto formal, podrían constituir comportamientos encuadrables en delito de quebrantamiento: vigilar, perseguir, buscar la cercanía de la víctima; establecer (o intentarlo) contacto con ella, directa o indirectamente.

Si se produce cualquiera de estos comportamientos de manera repetida, insistente, ilegítima, y determina con ello que la víctima modifique sustancialmente su modo de vida cotidiana, podremos encontrarnos ante un delito de *stalking*.

El problema concursal se presenta en el caso que el autor del delito de *stalking* tenga impuesta una orden, medida o condena de alejamiento o prohibición de comunicación hacia la víctima de tal conducta delictiva. En estos casos, las modalidades primera y segunda del artículo 172 ter. 1 de *stalking* podrán coincidir exactamente con lo previsto para la conducta delictiva propia del delito de quebrantamiento.

Si atendemos al principio *non bis in idem*, no será posible penalizar un

comportamiento del autor que persigue a una persona sobre la que existe una orden de alejamiento, por delito de *stalking* y, a su vez, por delito de quebrantamiento.

Entendemos que en este caso sería de aplicación la regla del concurso ideal, pues nos encontraríamos con el supuesto en que se ha realizado, por el sujeto activo, actos de persecución, vigilancia, contacto o realización de cualquier otra conducta que se encuentre dentro de las modalidades del artículo 172 ter 1. Y estas conductas, a su vez, se encuadran dentro del delito de quebrantamiento.

Existe por tanto una unidad de acción que formalmente cumple con las previsiones de dos tipos delictivos: *stalking* y quebrantamiento.

En aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, entrarán en juego las normas concursales del apartado tercero del artículo 172 ter con el artículo 77 del Código Penal, debiendo diferenciar, a la hora de calcular las penas, si el sujeto pasivo se encuentra en el supuesto común o si es alguna de las personas que refiere el artículo 173.2 del Código Penal⁶³⁰.

Sin perjuicio de que entendamos que el conflicto entre el quebrantamiento y el delito de *stalking* puede ser salvado por las reglas anteriores, lo cierto es que la doctrina ha sido crítica con la falta de enlaces jurídicos expresos entre una y otra figura en concreto.

9.4.3.- Crítica a la falta de previsión del quebrantamiento como supuesto agravado del delito de *stalking*

El quebrantamiento se encuentra previsto en el capítulo VIII del Título XX del Libro II del Código Penal. El Título lleva por rúbrica “Delitos contra la Administración de Justicia”.

⁶³⁰ Entendemos que el artículo 8 del Código Penal decaería a favor de la norma concursal; existirán dos bienes protegidos quebrantados por la acción del sujeto activo: la libertad de la víctima (propia del delito de *stalking*), y el funcionamiento de la administración de justicia (por el delito de quebrantamiento).

No vamos a reiterar en este apartado lo expuesto anteriormente sobre el delito de quebrantamiento y todas sus vicisitudes. Únicamente recordar que la ubicación de dicho tipo delictivo ha supuesto la elevación de no pocas voces críticas que hemos tenido oportunidad de valorar a lo largo del presente trabajo.

En la comisión de un delito de quebrantamiento, el autor del hecho ha violado una orden judicial. Esto debe conllevar, necesariamente una respuesta penal por el acto de desobediencia que ha cometido el sujeto activo.

Pero el derecho penal, igual que el resto de disciplinas jurídicas, no es un concepto aislado e independiente del resto de elemento de su entorno.

No podemos olvidar que en el momento en que la autoridad judicial impone una medida, orden o pena de alejamiento o prohibición de comunicación, asocia esta imposición a la existencia previa de un hecho de apariencia delictiva, que ha generado un desvalor a la víctima, la cual se encuentra necesitada de protección, debiendo la autoridad judicial asegurar la integridad, libertad y seguridad de la misma.

Por ello, en el momento en que el autor quebranta la medida, sí, está yendo en contra de lo dispuesto por el/la juez, pero también está interfiriendo en la esfera de protección de la víctima protegida⁶³¹.

Tras las reformas legislativas operadas en los últimos tiempos, y que hemos ido analizando a lo largo del presente trabajo, podemos afirmar que se percibe el surgimiento de tímidas manifestaciones legales que tienden a acercar las posturas del delito de quebrantamiento con delitos de naturaleza relacionada, directa o indirectamente, con la violencia de género.

⁶³¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., Tratamiento jurídico de los delitos de violencia de género a través de las nuevas tecnologías, *op. cit.*, el cual, citando a VILLACAMPA ESTRIARTE, C., El proyectado delito de acecho, *op. cit.*, p.39, quien considera que podría resultar adecuada la inclusión en el tipo cualificado del delito de stalking de los supuestos en que el delito se comete con i fracción de una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal, o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, sin cualificar el quebrantamiento de este tipo de sanciones en el delito de quebrantamiento de condena.

Una de estas manifestaciones se materializa en la reforma operada por Ley Orgánica 7/2015⁶³²; entre otras medidas, queda ampliada las competencias del/la juez de instrucción para conocer del delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal, cuando la persona ofendida sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Con esta medida se pretende acercar posturas jurídicas entre el delito de quebrantamiento y los cometidos contra las personas del artículo 173.2 del Código Penal, si bien este propósito se rompe en el momento en que los competentes para conocer del quebrantamiento son los jueces del lugar de la comisión de este (por aplicarse la regla general del lugar de la comisión del hecho delictivo), mientras que en el caso de la violencia de género será competente el/la juez del lugar del domicilio de la víctima.

Esta dualidad obedece a lo que ya hemos hecho referencia: mientras que el delito de quebrantamiento se rige por las normas de fuero ordinarias, por ser delito contra la administración de justicia, los delitos de violencia de género tienen un fuero especial previsto en la LOPJ, siendo competente para el conocimiento de la causa el/la juez del lugar del domicilio de la víctima.

El legislador, al redactar la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, podría haber aprovechado para modificar la ubicación del artículo 468 del Código Penal, cuanto menos lo dispuesto en el segundo apartado, que se refiere a los quebrantamientos en los casos en que la víctima sea alguna de las recogidas en el apartado segundo del artículo 173, pues la ubicación actual podría presentar serias dudas en cuanto a la atribución de competencias entre órganos judiciales. Así, de existir un delito de

⁶³² Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

quebrantamiento al incumplir lo dispuesto en pena, medida u orden de protección en al ámbito de violencia de género, la Ley 7/2015 otorga competencia al/la juez de violencia de género. Sin embargo, se ha planteado la duda de si dicha competencia se atribuiría al/a la juez de violencia del lugar en que se ha producido el quebrantamiento, o si por el contrario la misma será atribuida al/la juez de violencia del domicilio de la víctima.

Aunque el debate teórico pueda resultar interesante, lo cierto es que la cuestión está resuelta legalmente; en cualquier caso, la competencia para conocer de los delitos de quebrantamiento cometidos contra una pena, orden o medida dictada en el ámbito de violencia de género serán conocidas por el juzgado de violencia de género del domicilio de la víctima, y ello por imperativo legal del artículo 15 bis de la LECrim, que establece que : *“En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos”*.

9.4.4.- Reflexión final

Analizado lo anterior, no podemos sino entender adecuado que el legislador hubiese propiciado la introducción de un tipo agravado para el caso en que alguna de las conductas previstas en el apartado primero del artículo 172 se hubiesen cometido violentando una orden judicial, tal y como recogen la mayoría de estados en el derecho comparado que han regulado la figura del acoso.

Entendemos que con falta de previsión expresa sobre el quebrantamiento en los casos *de stalking*, puede correrse el riesgo de que el delito de *stalking* quede camuflado bajo la modalidad de quebrantamiento, de tal manera que el autor de los hechos sea condenado directamente en base al artículo 468 y se encuentre liberado de ser castigado por el delito de *stalking*⁶³³.

⁶³³ Sobre este tema, ver PUJOLS PÉREZ, S., “Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de stalking: problemática suscitada”, *op. cit.*, p. 19, que cita a GARCÍA ALBERO, R., “Capítulo VIII. Del quebrantamiento de condena”, en QUINTERO OLIVARES, G (Director) y

Y es que, analizados ambos delitos, lo cierto es que las conductas de uno y otro pueden ser idénticas. El único factor que a nuestro entender podría servir para diferenciar si nos encontramos ante un delito de quebrantamiento continuado, o ante un concurso entre delito de *stalking* y de quebrantamiento, es el de determinar si la víctima ha variado sustancialmente su vida cotidiana a raíz de estas conductas.

Pues en el caso del *stalking* esto se exige como un requisito de tipicidad, mientras que para el delito de quebrantamiento este requisito no es exigible.

Sin embargo, si atendemos a la práctica jurídica, nos es difícil concebir una víctima que vea a su agresor, sobre el que pesa una orden de alejamiento, acercarse a ella una y otra vez, y que la misma no modifique su rutina diaria; puede que deje de salir de casa a determinada hora, o lo haga siempre acompañada.

Ante esta dificultad calificativa, entendemos que si el legislador hubiera señalado expresamente la posibilidad de que el delito de *stalking* se hubiera materializado quebrantando una orden de alejamiento, esta dualidad y dificultad sancionadora se hubiera evitado, al existir un precepto especial que se hubiera regularizado tal situación.

No somos partidarios de creer en la necesidad de tipificar lo que no es necesario. Pero entendemos, como ya hemos argumentado en momentos anteriores, que si el derecho penal propugna como uno de sus principales valores la taxatividad de los tipos delictivos, requisitos y consecuencias, sería beneficioso y proporcionando establecer un tipo agravado que previera la comisión del delito de *stalking* quebrantando una orden, medida o condena. Y es que el desvalor jurídico que nos encontramos en este tipo de concurso va más allá de la simple acumulación de bienes jurídicos lesionados.

MORALES PRATS, F. (Coordinador), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7º)*, Ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, p. 1411.

Con estos comportamientos, el sujeto activo contribuye a crear un clima de miedo, inseguridad y temor a la víctima que debe ser protegida de manera concreta por el ordenamiento jurídico español.

De esta manera, entendemos, se lograría vincular directamente el artículo 468 (delito contra la Administración de Justicia) con el artículo 172 ter (delito contra la libertad), lo que posibilitaría la aplicación de penas o medidas de alejamiento (previsión que el 468 por sí solo no contempla), que se sumaría a la pena u orden de protección en vigor, pudiéndose aplicar, incluso, agravación de la medida anterior a consecuencia de los hechos posteriores.

9.5.- *Stalking* y delito de amenazas

9.5.1- Delito de amenazas en el Derecho español. Bien jurídico protegido

Como hemos tenido oportunidad de comprobar a lo largo de esta exposición, el delito de acoso no es el único tipo delitivo que atenta contra la libertad. El Título VI del Libro II del Código penal lleva por rúbrica “Delitos contra la Libertad”. Dentro de este Título se encuentran recogidas las figuras de las amenazas y las coacciones.

También hemos apuntado anteriormente la relación directa que presenta el delito de hostigamiento con los delitos de amenazas y coacciones.

Estudiado el bien jurídico del delito de *stalking*, debemos hacer mención en estos momentos al delito de amenazas, a fin de determinar la relación que guarda con el tipo de acoso.

El Código Penal de 1995 optó por un cambio la rúbrica del título VI del Libro II, que pasó a ser exclusivamente la de “Delitos contra libertad”, prescindiendo de la vieja mención a la seguridad. Ello facilitaría en cierta medida la valoración de cuál es el bien jurídico que se quiere proteger a través de la incriminación de las amenazas.

Siguiendo a PRATS CANUT⁶³⁴ podemos afirmar que la amenaza (como la coacción) se encuentra presente en el fondo de otros muchos delitos (agresiones sexuales, robo, extorsión, usurpación, etc.).

Es por ello por lo que se hace necesario precisar un bien jurídico absolutamente propio; si bien de manera tangencial se han propuesto ideas que relacionan la libertad con el derecho a la tranquilidad o a la tutela de la seguridad pública, lo cierto es que la libertad se postula como bien jurídico protegido del delito de amenazas. Entendemos que es evidente que habrá que encontrar al delito de amenazas un sentido relacionado directamente con la libertad, si bien orientado a alguna manifestación de la libertad que permita alcanzar la llamada función metodológica del bien jurídico, esto es, que sea útil para comprender la función del tipo.

Antes de la modificación de la rúbrica del Título VI, se tendía a asociar la seguridad con bien jurídico protegido del tipo de amenazas. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y la consiguiente modificación en la rúbrica del Título VI, ese entendimiento del objeto de tutela quedó en entredicho, dando pie a cierta confusión; y es que la vinculación de la libertad con la seguridad desfiguraba en cierta manera los límites de este objeto, al extremo de no servir para iluminar la interpretación y la solución de problemas en la aplicación de la figura delictiva.

No contribuye a aclarar el panorama jurídico la interpretación jurisprudencial, que también está afectada por ese mal de impresión. Podemos apreciar que, aunque existe una posición mayoritaria a la hora de entender la libertad como bien jurídico protegido, lo cierto es que tanto las Audiencias como el propio Tribunal Supremo inciden, aunque sea de manera tangencial, en la seguridad como bien digno de protección en los delitos de esta naturaleza.

Como decíamos, encontramos muestras jurisprudenciales que destacan la

⁶³⁴ Cf. PRATS CANUT, J. M., *Delitos contra la libertad*, Cap. II, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp.219-220.

libertad como bien jurídico protegido en el caso de las amenazas.

Tal es el caso de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Mérida en febrero de 2016, la cual recuerda que *“en cualquier delito de amenazas, leve o no leve, el bien jurídico protegido es la libertad y la seguridad, es decir, el derecho que todos tenemos al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida”*⁶³⁵ (haciendo mención, como vemos, a la antigua idea sobre el derecho a la tranquilidad, si bien no reconoce la seguridad propiamente dicha como bien jurídico protegido).

En este mismo sentido, la Audiencia provincial de Madrid, en sentencia de 16 de marzo de 2016 argumenta que *“La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido caracterizando el delito de amenazas por los siguientes elementos: 1. El jurídico protegido es la libertad y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad, y a no estar sometidos a temores, en el desarrollo normal y ordinario de su vida (...)”*⁶³⁶.

Esa misma Audiencia provincial de Madrid, sin embargo, en su resolución de 3 de marzo de 2016, reconoce que la libertad no es el único bien jurídico protegido que recoge el delito de amenazas. Dicha sentencia, cita en su argumentación jurisprudencia del Tribunal Supremo, estableciendo que *“La sentencia del Tribunal Supremo de 22/03/2006, en relación con el delito de amenazas, que dicho ilícito “se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo (STS. 593/2003 de 16.4), siendo el bien jurídico protegido la libertad y la seguridad, es decir “el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal, en el desarrollo normal y ordenado de su vida” (STS. 832/98 de 17.6)”*⁶³⁷.

⁶³⁵ Sentencia n.º 57/2016 de la Audiencia Provincial de Mérida, de 4 de febrero de 2016, siendo Ponente D. OLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M

⁶³⁶ Sentencia n.º 207/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de marzo de 2016, siendo Ponente D.ª. LÓPEZ CANDELA, I.

⁶³⁷ Sentencia n.º 110/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de marzo de 2016, siendo Ponente D.ª. CHACON ALONSO, M. T.

De igual manera se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016, la cual reconoce que "1) *El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida*"⁶³⁸.

Consideramos que la libertad se postula como elemento principal en la configuración del bien jurídico protegido en el delito de amenazas, entendida la misma como derecho esencial a la libre formación de la voluntad, de tal suerte que aquellas agresiones que se materialicen en dicho ámbito de libertad, y vulneren, serán las que corresponda *a priori* calificar como amenazas⁶³⁹.

9.5.2- Delito de amenazas y relación con el delito de *stalking* español

En páginas anteriores analizamos el bien jurídico protegido en el delito de acoso, y pudimos comprobar que la posición mayoritaria postula la libertad como bien digno de ser protegido en este tipo delictivo, recordando los matices referidos a tal expresión⁶⁴⁰.

Ya al estudiar los orígenes del delito de *stalking* hacíamos mención a que el significado original era el "hacer guardia, perseguir, acorrallar" y en un sentido más amplio, "perturbar, hostigar y acosar", identificando el *stalking* con un *conjunto de comportamientos repetidos, de carácter intrusivo, amenazante o violento, en los que una persona dañada como "víctima" es objeto de una atención obsesivamente impuesta, y por lo tanto, productora de graves incomodidades, preocupaciones y alteraciones del completo equilibrio psicológico*⁶⁴¹.

⁶³⁸ Sentencia n.º 445/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de mayo de 2016, siendo Ponente D.ª. SORIANO SORIANO, J. R

⁶³⁹ En este sentido, ver PRATS CANUT, J. M., *Delitos contra la libertad*, Cap. VI, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp.219-220.

⁶⁴⁰ Ver punto 2 de este mismo capítulo.

⁶⁴¹ MATALLIN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, ep. 28, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015)*. 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015.

Por su parte, BAUCELLS LLADÓ estudia las principales discusiones doctrinales referidas al bien jurídico protegido en delitos de esta naturaleza⁶⁴².

La mayoría de la doctrina que ha abordado la cuestión considera que las conductas de hostigamiento no pueden subsumirse ni entre las amenazas ni entre las coacciones. Ese también es el principal argumento ya utilizado por el legislador en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012, que en la Exposición de motivos del proyecto de reforma afirmaba que “*está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas*”⁶⁴³.

Resume BAUCELLS LLADÓ que, por lo que respecta a las *amenazas*, estos autores consideran que no son aplicables por dos razones.

Se argumenta, en primer lugar, que la amenaza requiere el anuncio de un mal concreto, aspecto que no siempre aparece en el hostigamiento⁶⁴⁴.

Se ha llegado a afirmar, dice citando a GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, que no es posible hablar de la existencia de un anuncio de un mal en sentido estricto, sino únicamente de la creación de una situación o contexto intimidatorio para la persona acosada.

Y, en segundo lugar, que se configura como un delito de expresión, en el que el anuncio proferido debe llegar a conocimiento del sujeto pasivo para la perfección del delito⁶⁴⁵.

No comparte esta opción BAUCELLS LLADÓ. En relación con el segundo argumento debe advertirse que la jurisprudencia ha reconocido que el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en “*expresiones o hechos*”, de causar a otro un mal. Respecto al primero, debe subrayarse que la amenaza del mal también puede ser implícita, considerando típicas de amenazas por parte de la jurisprudencia los anuncios

⁶⁴² BAUCELLS LLADÓS, J., “La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto de Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 21, 2014.

⁶⁴³ De esta opinión también el Consejo General del Poder Judicial, en Informe de 16 de enero de 2013, sobre *Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, y la Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2014.

⁶⁴⁴ Así lo estudia VILLACAMPA ESTRIARTE, C. *Stalking y otras formas de acoso*, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 230.

de males no verbalizados. En realidad, lo reconoce el mismo prelegislador al identificar que el auténtico problema es que en el hostigamiento no llega a “producirse necesariamente el anuncio *explícito o no* de la intención de causar algún mal” exigido en las amenazas. En tercer lugar, también se ha argumentado que el tipo subjetivo de las amenazas viene exigiendo un dolo específico consistente en la voluntad de atemorizar a la víctima, que encierre un plan premeditado de actuar con ese fin⁶⁴⁶.

En los casos de hostigamiento la finalidad de la conducta acostumbra a ser el conseguir algún tipo de contacto personal con la víctima. Si bien es cierto que tal ánimo no concurrirá en absolutamente todos los casos de hostigamiento, no puede negarse que habrá, por un lado, supuestos en los que la finalidad del hostigamiento podrá ser la de atemorizar y, por otro, que siendo el ánimo conseguir el contacto personal con la víctima, el dolo en cualquier caso alcanzará la situación de temor a la que se somete a la víctima. Ello ya nos permite concluir la idoneidad del derecho penal vigente para responder a un buen número de supuestos de hostigamiento que, sin poder subsumirse en el tipo de violencia doméstica (153.2 C.P.) o en los tipos de tratos vejatorios (173.1 C.P.), afectan a la libertad de decidir del sujeto y, en consecuencia, pueden ser constitutivos de amenazas. Esperar cada día a una persona cuando sale de su casa o llamarla por teléfono cada día son conductas objetivamente idóneas para constreñir a alguien a cambiar sus rutinas cotidianas.

Tras el análisis que hemos venido realizando sobre el artículo 172 ter estamos en condiciones de exponer que, si bien las amenazas no se recogen explícitamente en la redacción del artículo 172 ter, lo cierto es que el espíritu de las mismas se encuentra en cierto modo presente, y ello lo observamos con el análisis de cada una de las modalidades previstas en el artículo 172 ter, que implican, cada una de ellas, la realización de conductas por parte del sujeto activo que indiquen de tal manera en el sosiego de la víctima, que le hace modificar sustancialmente sus rutinas diarias. Con este comportamiento, decimos, la víctima ha resultado dañada en su libertad, pues no es

⁶⁴⁶ *Íbid.*, p. 234.

capaz de hacer lo que libremente quisiera, y en su tranquilidad y sosiego, que es el bien jurídico protegido que impone el Tribunal Supremo en las sentencias arriba referidas, cuando estudia el delito de amenazas.

Si la conducta del sujeto activo se identifica con alguna de las modalidades del artículo 172 ter del Código Penal, y causa en la víctima una sensación de acoso que le haga modificar sustancialmente su modo de vida, y a la vez ésta perciba la situación como amenazante (si se cumplen los requisitos para configurar el tipo de amenazas), deberemos entender de aplicación las normas del artículo 8 del Código Penal sobre conflictos de delitos. Ambos hechos delictivos conllevan percepciones subjetivas. Las conductas de ambos tipos pueden asociarse entre sí y será la percepción de la víctima la que nos ayude a discernir entre uno y otro delito, siendo la regla de la absorción la de aplicación en el presente supuesto.

9.5.3- Presencia de las amenazas en el delito de *stalking* en el derecho comparado

Si bien el artículo 172 ter no recoge explícitamente el delito de amenazas como parte de su conducta delictiva, lo cierto es que otros ordenamientos del derecho comparado sí lo hacen.

El **Código Penal californiano** ha modificado la tipicidad del hecho, en el sentido de incluir no sólo la amenaza expresa escrita u oral, sino también la amenaza implícita en un patrón de conducta o una combinación de conducta con afirmaciones escritas o verbales, reconociendo que en muchas ocasiones no es necesario que la amenaza sea directa, pues el *stalking* puede ser calificado más como un delito de contexto o de conducta que de expresión⁶⁴⁷.

Al incluir en su tipo delictivo la amenaza, el delito de *stalking* no será de aplicación para conductas en las que el sujeto activo no tienda directamente a amenazar a la víctima, sino que pretendan contactar con ellas, o crearles algún problema, pero sin

⁶⁴⁷ Sobre este punto, ver VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 117 ss.

el ánimo de coartar su libertad o tranquilidad.

Estados Unidos, por su parte, incluye las amenazas como parte del delito de *stalking*, en el artículo 2261 A. Sin embargo, no son un elemento esencial, pues la conducta delictiva podrá consistir en amenazas, o en realizar alguna de las otras modalidades previstas en el tipo. De esta manera el delito federal resuelve el escollo que de que adolecía el tipo californiano, que contemplaba como elemento esencial del delito de acoso las amenazas realizadas en el trascurso de la actuación delictiva.

Canadá, por su parte, sigue la estela tipificadora de Estados Unidos y contempla en el artículo 264 de su Código Penal el delito de *stalking*, describiendo una serie de comportamientos prohibidos. Y dentro de las conductas prohibidas se encuentra la que *emprender una conducta amenazante, dirigida contra la otra persona o algún miembro de su familia*. Entiende pues las amenazas como una de las modalidades del delito de acoso, sin que se encuentre de manera esencial en la descripción del tipo.

La legislación **australiana** recoge las amenazas como una de las modalidades del delito de acoso, si bien no le otorga un carácter esencial al tipo. De esta manera, Queensland describe como una de las modalidades del *stalking* el realizar *“una acción violenta, o de amenaza o de violencia, contra alguien o contra la propiedad de alguien, incluyendo la del acusado”*. En cambio otros territorios de Australia no contemplan la amenaza como tal en sus modalidades delictivas, si bien hacen mención al incremento del nivel de miedo o aprensión de la víctima (Artículo 189 del Criminal Code de Northern Territory, artículo 19AA de la Criminal Law Consolidation Act de South Australia y artículo 21 A de la Crimes Act de 1958 de Victoria).

Por su parte, la *Protection from Harassment Act* de 1997 de **Reino Unido** no define el término acoso, dejando a la consideración de la autoridad judicial la determinación de una conducta como acoso. Acudimos a la normativa anterior a 1997, que sí requería la existencia de una amenaza, distinguiendo, a efectos de pena, si la misma era implícita o

explícita.

Irlanda no incluye en su descripción del tipo la referencia a las amenazas; tampoco **Dinamarca o Bélgica**, si bien estos dos países hacen referencia a la perturbación en la tranquilidad de la víctima en la realización del tipo delictivo (artículo 265 del Código Penal danés y el artículo 460 del Código Penal belga).

Tampoco **Holanda, Malta ni Austria** contienen en su articulado referencia expresa a las amenazas en la configuración del tipo delictivo de *stalking*.

Alemania, por el contrario, sí recoge en su articulado la amenaza como modalidad típica. En concreto, lo hace en el apartado 4 del punto (1) del artículo 238 StGB, estableciendo que será castigado “*Quien persiga a una persona de manera no autorizada y persistente, de manera que: (...) 4. amenaza a la persona con lesionar la vida, incolumidad corporal, salud o libertad propia o de una persona cercana a ésta*”. Incluye de esta manera el tipo delictivo las amenaza a la víctima o a personas allegadas a ella, siendo necesario que el mal con que se amenaza sea constitutivos de las conductas descritas en el apartado cuarto para aplicar este apartado y no el básico.

Portugal por su parte habla de “miedo e inquietud” cuando, en su artículo Artigo 154.º -A describe el delito de acoso (*Perseguição*), sin que exponga en su articulado alegación sobre las amenazas.

De esta manera, únicamente Estados Unidos recoge la amenaza como parte del tipo delictivo de *stalking*; Australia y Alemania la recogen como una de las modalidades, y la mayor parte de los países de nuestro entorno no contemplan como parte del tipo delictivo de acoso las amenazas; entendemos que al no contemplar la amenaza como una modalidad típica o como parte de la descripción del tipo de coso, al menos en teoría ambos delitos quedarán diferenciados. Sin embargo, no podemos olvidar que ambos delitos (acoso y amenazas) causan en el sujeto pasivo una aflicción en su libertad, y que

la conducta del sujeto activo y el resultado que la misma causa en la víctima pueden confluír en un conflicto a la hora de castigar por un delito u otro, debiendo acudir, en ese caso, a las normas fijadas en el artículo 8 del Código Penal.

9.5.4- Problema concursal entre el delito de amenazas y el delito de *acoso* español

Como hemos tenido oportunidad de estudiar, las amenazas no tienen una presencia expresa en la descripción del tipo español, como la pueden tener ordenamientos como el estadounidense o el alemán. No obstante lo anterior, no podemos separar radicalmente ambas figuras, la del acoso y las amenazas.

Ambos conceptos comparten el bien jurídico protegido, que es la libertad personal, añadiendo como elemento digno de protección la tranquilidad y el sosiego de la víctima, que ya ha mencionado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones.

Sin embargo, compartir un bien jurídico no es sinónimo de castigar los mismos supuestos: el artículo 147 y siguientes del Código penal tienen como objeto proteger la integridad física y síquica, y sin embargo cada artículo del capítulo tiene su propia esencia y razón de ser.

Esto mismo sucede en el caso del delito de *stalking* y de las amenazas. Los dos tipos se encuentran en la misma ubicación en el Código Penal y el bien jurídico a proteger; sin embargo, cada uno de los tipos viene referido a casos distintos.

Cada uno de los dos delitos viene definido perfectamente en el Código Penal: las amenazas en los delitos 169 y siguientes; el delito de acoso en el artículo 172 ter. Cada uno de los tipos contempla su propia descripción típica.

El problema concursal, entendemos, puede surgir en el momento en que la amenaza proferida por el sujeto activo haya sido implícita, y la misma se deje sentir mediante la realización de alguna de las conductas que prevé, precisamente, el artículo 172 ter.

La amenaza explícita, cuya descripción consta en el artículo 169 del Código penal, requiere que el sujeto haya amenazado con causarle a él o a su familia o a otras personas

con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delito. Veíamos en líneas anteriores que el Código penal alemán preveía precisamente una modalidad agravada del delito de acoso en caso de que existiera amenaza de esta naturaleza. Pero el Código español no lo contempla como modalidad del delito de hostigamiento, por lo que en caso de darse esta conducta típica, acudiremos a las reglas generales del delito de amenazas.

La problemática concursal, decíamos, la encontramos en las amenazas implícitas, y ello debido a su difícil previsión y calificación; aquellos comportamientos en los que el sujeto activo logra hacer entender a la víctima lo que pretende conseguir de ella, sin que de los actos del primero se desprenda indicio positivo alguno de tal pretensión.

Estos actos tácitos, que la víctima entiende como amenazantes, podrán materializarse en alguna de las modalidades típicas que recoge el artículo 172 ter en su primer apartado.

El caso en que el sujeto activo se dedique a perseguir o vigilar a la víctima, o establezca contacto con ella, use sus datos personales o atente contra su libertad o patrimonio, puede suponer para el sujeto pasivo una situación de intranquilidad que, puesta en contexto con la relación pasada entre las partes, o la vinculación existente entre ellas, nos lleve a la conclusión de que el autor ha realizado la conducta “típica” del artículo 172 ter con ánimo de amenazar a su víctima.

En este supuesto, deberemos atender a las circunstancias especiales de cada supuesto en concreto, pues nos podemos encontrar ante distintos escenarios:

i) Puede darse el caso de que el autor haya realizado alguna de las modalidades que prevé el artículo 172 ter y la víctima haya percibido las mismas como amenazantes, lo que conllevará que se instruyan diligencias por este tipo delictivo, advirtiendo, además, que salvo que las amenazas sean constitutivas de delito leve, no requerirán de denuncia previa para la persecución de las mismas.

ii) Puede que la víctima perciba las conductas como amenazantes, y además de ello, el comportamiento del sujeto pasivo, insistente, reiterado y falto de legitimación, le haya llevado a modificar sustancialmente sus rutinas diarias, provocándole una sensación de acoso a la misma.

En el primer supuesto, entendemos que no entrarán en juego las normas concursales del Código Penal, debido a que a pesar de que el sujeto activo formalmente ha realizado las conductas descritas en el apartado primero del artículo 172 ter, lo cierto es no ha quedado probada la existencia de una sensación de acoso producida por la conducta reiterada, insistente e ilegítima del sujeto. De esta manera, no se habrá configurado el tipo delictivo.

En el segundo supuesto, sin embargo, entendemos que sí se dan los requisitos necesarios para entrar a valorar el régimen de concursos, pues con la conducta creada por el sujeto activo, la víctima se ha visto acosada y obligada a modificar sus rutinas diarias, percibiendo, además, la situación como amenazantes.

Como hemos tendido oportunidad de observar en el estudio del apartado 3º del artículo 172 ter, el delito de acoso prevé una regla especial concursal, entendiendo que las penas previstas en el artículo 172 ter se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los delitos de acoso.

Esta regla, que puede ser fácilmente comprensible para determinados supuesto (imaginemos la revelación de secretos en el caso del supuesto tercero, o los daños en patrimonio de la víctima, supuesto cuarto), no lo es tanto para el delito de acoso-amenazas, y ello debido al enorme parecido que guardan entre sí.

Partimos de que han sido cometidas alguna o algunas de las modalidades del primer apartado del artículo 172 ter del Código penal. Será objeto de prueba determinar si efectivamente la víctima ha percibido la conducta del sujeto activo como amenazantes o acosadora. En caso de que se pruebe que el sujeto pasivo ha sufrido ambas, entrarán en juego las normas concursales, siendo de aplicación el concurso ideal: a través de un mismo conjunto de conductas, el sujeto activo habrá creado, al tiempo, una situación de acoso y de amenazas a la víctima.

Por ello entendemos que el problema concursal se deberá resolver acudiendo, en primer lugar, el artículo 172 ter 3, sobre la punición de delitos cometidos con la realización de conductas propias del *stalking*. Tras ello, deberemos atender a las normas del artículo 77 sobre la aplicación de las normas en casos de concurso ideal de delitos.

9.6.- Stalking y delito de coacciones

9.6.1- Delito de coacciones en el Derecho español. Bien jurídico protegido

La regulación del delito de coacciones es antigua en el derecho español. Ya el Código de 1822 contemplaba una figura jurídica que hoy en día podríamos ubicar en el tipo delictivo de coacciones⁶⁴⁸.

De la misma manera que para las amenazas y para el delito de acoso, la libertad se configura como el bien jurídico protegido en este delito.

Seguimos, para el análisis de este apartado, a MORÁN MORA⁶⁴⁹, la cual, citando a MIRA BENAVENT (que a su vez sigue a BINDING), entiende que *los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad*⁶⁵⁰.

Entiende MORÁN MORA que deberemos diferenciar los distintos estadios del proceso de formación de la voluntad en los siguientes: en primer lugar, la propia capacidad de voluntad; en segundo lugar, la capacidad de decisión --esto es, la capacidad o libertad de decidirse, ante varias alternativas, por una de ellas; y, por último, la capacidad de ejecución de esa decisión previamente adoptada.

Concluye la autora entendiendo que el bien jurídico a proteger en este caso será la última fase, es decir, la capacidad de ejecución.

Sin embargo, lo cierto es que esta conclusión no es de convencimiento universal, pues podríamos plantearnos que, si existe peligro para libertad ejecución, ello supone

⁶⁴⁸ Sobre coacciones como delito propio, ver 3.4 del Capítulo II.

⁶⁴⁹ Cf. MORÁN MORA, C., *Coacciones*, Cap. III, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp.243-258.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p.245.

necesariamente se está poniendo en peligro la libertad de decisión, y en consecuencia, la capacidad de voluntad. En este caso, quedarían dentro del ámbito de acción del delito de coacciones los tres momentos de que se compone proceso volitivo.

No obstante, si atendemos al tenor literal del artículo 172 ter, comprobamos que el mismo se describe como un delito de resultado, toda vez que la conducta típica se perfeccionará cuando el sujeto activo *impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*. Y ello independientemente de que la conducta se perfeccione o no (estaríamos en caso de tentativa), pues lo cierto es que el tipo delictivo exige que el autor de los hechos tenga como objetivo constreñir la libertad de ejecución del sujeto, al obligarle a hacer lo que no quiere o a impedirle hacer lo que éste pretendiera. No observamos en la descripción del tipo un constreñimiento en la toma de decisión ni en la configuración de la capacidad de la voluntad.

Por nuestra parte, entendemos que la singular afectación a los estadios anteriores a la ejecución tendría cabida en los delitos de amenazas, en su caso, e incluso, como veremos, en el artículo 172 ter del Código penal, por atentar estos tipos delictivos a la formación de la voluntad y a la toma de decisiones de la víctima. Mientras que en el caso de las coacciones existe una tendencia clara del sujeto activo para que la víctima haga lo no querido o deje de hacer lo que pretende, en el supuesto de las amenazas la conducta típica se describe desde el punto de vista del comportamiento del autor.

En el delito de *stalking*, podríamos valorar que se trata de una figura híbrida entre el delito de amenazas y coacciones, pues en la conducta típica se aprecia como modalidades delictivas los distintos comportamientos del autor, sin embargo, el tipo requiere, para la perfección del mismo, que las conductas realizadas por el autor y que se encuentran enumeradas, provoquen una situación de acoso en la víctima tal que afecten a su libertad de decisión sobre las pautas diarias a seguir, obligándola a modificar sustancialmente las mismas.

Otro argumento añadido para considerar que el bien jurídico protegido es la libertad en la ejecución es el requisito típico de empleo de violencia. El tipo delictivo no se refiere a intimidación, por lo que entendemos que este término quedará fuera del tipo, pudiendo, en su caso, ser de aplicación en los delitos de amenazas u otros análogos. El ejercicio de la violencia, unido al objetivo de no dejar al sujeto hacer lo que pretende o impedirle hacer lo que quiere, será la conducta que describa la acción típica. No podemos obviar que la violencia podrá existir anteriormente a la ejecución de la voluntad, como el momento de adopción de una decisión incluso como medio para anular la capacidad de voluntad, pero ello no significará necesariamente que deban incluirse estas fases en el ámbito de protección del artículo 172.1.

Consideramos, como corolario de lo anterior, que el bien protegido en el delito de coacciones es **la libertad de obrar**: la referencia a *impedir o compeler a hacer* parece dar a entender que la adhesión del bien jurídico ha de producirse en el tramo final del volitivo. Así lo ha entendido también la jurisprudencia.

De esta manera el Tribunal Supremo estudia la relación entre amenazas, coacciones y detenciones ilegales, y en Auto de 7 de abril de 2016, citando las sentencias 192/2011 de 18.3 , 167/2012 de 1.3 y 632/13 de 17.7, describe el bien jurídico de las coacciones por contraposición al delito de detención ilegal, exponiendo los siguientes argumentos:

“a) Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, la ofensa de la libertad de la víctima, es más genérica en la coacción y más específica en la detención ilegal. En este se refiere a la libertad de deambulación o traslado en el espacio, tanto si se obliga al sujeto a permanecer en un lugar como si le obliga a abandonarlo, trasladándose a otro. (Cita otras sentencias: SSTs. 7/4/2006 ; 20/1/2009 ; 10/02/2009 y 27/10/2010).

b) En cuanto al comportamiento tipificado se han subrayado diversas características en lo objetivo: 1ª.- la acción típica de la detención implica generalmente un acto material de encierro o internamiento, siquiera no de manera necesaria, pues también puede consistir en el impedimento para moverse en el espacio abierto, la detención por mera inmovilización (Sentencia del Tribunal Ssupremo de 1.10.2009); 2ª

.- Para lo que no es ineludible el uso de fuerza o intimidación que debe concurrir en la coacción. (Sentencias del Tribunal Supremo de 02/11/1992 y 22/12/2009). Pero lo ineludible es que el constreñimiento de la libertad del sujeto pasivo provenga de una acción del sujeto activo, de tal suerte que el comportamiento de éste sea la causa de aquél por estar objetivamente y también subjetivamente, ordenada a tal específico fin;

3ª.- Lo que se relaciona con el parámetro tiempo que, en la detención suele traducirse en una cierta persistencia de la privación de libertad, siendo más propio de la coacción su manifestación como actuación de efectos instantáneos.

c) Cobra por ello relevancia el factor subjetivo que da sentido al comportamiento del sujeto activo. La funcionalidad del comportamiento a la estrategia del autor en cuanto ésta va precisamente encaminada a privar de la específica libertad de deambulación del sujeto pasivo”⁶⁵¹.

De lo expuesto por el Tribunal Supremo concluimos lo siguiente:

- El bien jurídico protegido en el caso de las coacciones es la libertad considerada desde un punto de vista genérico, con las distintas modalidades de comportamiento que expone el artículo 172 ter.

- Las coacciones requieren de la existencia de violencia, siendo necesario que el constreñimiento de la libertad del sujeto pasivo provenga de una acción del sujeto activo, de tal modo que el comportamiento de éste sea la causa de aquél por estar objetivamente y también subjetivamente, ordenada a tal específico.

- Las coacciones se caracterizan por tener efectos generalmente instantáneos.

- En el caso de las coacciones, el objetivo del autor es precisamente el constreñimiento de la víctima en sí, al que antes nos hemos referido.

Por tanto, el delito de coacciones queda configurado como un delito contra la libertad de obrar, en el que el sujeto activo persigue el impedimento de la víctima de realizar lo que quiere, o la obligación a ésta de hacer lo que no quiere, empleando violencia para ello. Y esta definición deberá ser puesta en comparación con el delito de

⁶⁵¹ Cf. Auto n.º 636/16 de TS, Sala 2ª, de 7 de abril de 2016, Ponente D. MARTÍNEZ ARRIETA, A.

acoso, a fin de comprobar la relación entre ambos tipos delictivos.

9.6.2- Delito de coacciones y relación con el delito de *stalking* español

Al describir el bien jurídico del delito de coacciones, ya adelantábamos la relación que guarda este tipo con el bien jurídico protegido del delito de *stalking*.

Así, mientras que en el delito de coacciones el objeto formal protegido es la libertad de obrar, es decir, la libertad de formación de voluntad en su última fase-- el delito de *stalking* no requiere, para su perfección, la existencia de un constreñimiento sobre la voluntad de la víctima de ejercitar o no una acción. Mientras que la descripción del delito de coacciones se centra en el objetivo del autor (evitar que la víctima haga lo que quiere u obligarla a hacer lo que no quiere) y en los medios empleados para ello (la violencia), el caso del delito de hostigamiento difiere de su compañero de capítulo: en caso del delito de acoso, se castiga una serie de conductas realizadas por el sujeto activo, exigiendo que tales conductas provoquen una reacción en la víctima, requisito no exigible en el caso de las coacciones. La reacción en la víctima, decimos, consistirá en modificar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

Entendemos de esta manera que en el caso del hostigamiento, el bien jurídico afectado será el proceso de formación de voluntad o el de capacidad de voluntad, es decir, estadios anteriores al de la libertad de obrar. Podrá, claro está, verse afectada la capacidad de obrar, desde el momento en que la víctima varía sustancialmente su vida cotidiana. La particularidad que tiene el delito de acoso frente al de coacciones es que, en el caso del acoso, el sujeto pasivo modifica su conducta ante la situación de acoso generada por el comportamiento del sujeto pasivo, sin que se exija que el autor de los hechos *pretenda* esa modificación en la conducta. Por contra, en el supuesto de las coacciones, el autor tiene como objetivo interceptar la capacidad de obrar de la víctima, siendo esto uno de los elementos configuradores del tipo delictivo.

9.6.2.1- Presencia de las coacciones en el delito de *stalking* en el derecho

comparado

Hemos visto anteriormente que el delito de amenazas sí tiene presencia en el derecho comparado; en algunos casos en la propia descripción del delito de *stalking*, y en otros por remisión a el tipo delictivo en cuestión. También lo hemos visto formar parte de tipos cualificados del delito de acoso.

No sucede esto con el delito de coacciones. Examinadas las legislaciones del derecho comparado, llama la atención la falta de presencia de esta modalidad en el tipo delictivo de *stalking* que formulan los ordenamientos jurídicos de nuestro alrededor. Y decimos que llama la atención porque hemos tenido la oportunidad de conocer la relación existente entre el bien jurídico de las coacciones con el del acoso.

En cualquier caso, existe un país en el que las coacciones sí se encuentran presentes en la descripción del delito de hostigamiento: Holanda.

El artículo 285b de su Código Penal, entre los delitos contra la libertad personal, y tras las amenazas, regula el delito de *stalking* (empleando también el término *belaging*). El referido precepto, que se encuentra en vigor desde el 12 de julio de 2000, establece lo siguiente: “*Quien de manera ilegítima, repetida e intencional se inmiscuya en la vida privada de otro con la intención de forzarlo a hacer alguna cosa, que se abstenga de hacerla o con la intención de inducirle miedo será penado como autor de belaging con una pena de prisión de un máximo de tres años o con una pena de multa de cuarta categoría*”.

Leyendo el artículo holandés, comprobamos que el espíritu de las coacciones se encuentra presente en el tipo delictivo: junto a la conducta típica del *stalking* –quien de manera ilegítima, repetida e intencional se inmiscuya en la vida privada de otro-- encontramos una modalidad propia de las coacciones: “*tenga la intención de forzarlo a hacer alguna cosa o que se abstenga de hacerla*”.

El supuesto belga deberá diferenciar, a la hora de valorar si una conducta tiene cabida como delito de coacciones o de *belaning*, el contexto en el que se haya realizado

la acción.

Si se ha producido una conducta típica tendente, sin más, a impedir a una persona hacer lo que quiere o constreñirla para hacer algo que no desea, hablaremos de delito de coacciones.

Ahora bien, en caso de que esta conducta se haya realizado de manera ilegítima, repetida e intencional e inmiscuyéndose en la vida privada de la víctima, el delito de coacciones decaerá a favor del delito especial de *belaning*, puesto que la conducta típica ya prevé esta obligación a hacer o a no hacer.

Como decíamos, el caso de Holanda es residual, no existiendo otros ordenamientos que contemple las coacciones como parte del delito de *stalking*, ni con remisión directa o indirecta. Tampoco el derecho español reconoce esta asociación de manera explícita. Si se produce conflicto de aplicación entre un concepto y otro, deberemos atender a lo dispuesto en el artículo 8 del Código penal sobre criterios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

9.6.2.2.- Problema concursal entre el delito de coacciones y el delito de acoso español

Las coacciones, igual que sucede en el caso de las amenazas, no tienen un peso específico en la tipificación del delito de acoso previsto en el artículo 172 ter.

No obstante, no podemos olvidar la relación existente entre el delito de coacciones y el de *stalking*. Ubicados en el mismo capítulo IV del Libro II del Código Penal, (Delitos contra la libertad), comparten, al menos, las líneas generales del bien jurídico protegido.

En el supuesto de las coacciones, hemos descrito anteriormente que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar, mientras que en el caso del delito de acoso la libertad de la víctima se verá constreñida en un momento anterior: en el de formular su decisión, o incluso en el momento de formación de la capacidad de la libertad, llegando

a la voluntad de ejecución, en el momento en que se perfecciona la conducta y la víctima modifica sustancialmente su rutina.

Si analizamos las distintas modalidades de conducta del delito de acoso, encontramos que no guardan una relación directa, *a priori*, con el delito de coacciones.

Mientras que este último delito requiere una actitud violenta por parte del autor, en el hostigamiento este requisito no es exigido para tipificar el delito.

En el caso de las coacciones, el legislador se centra en los comportamientos del sujeto pasivo, describiendo como conducta típica un ejercicio de violencia hacia una persona, con un objetivo determinado: el que la víctima haga lo que no quiere o deje de hacer lo que desea.

En el supuesto del *stalking*, el legislador no ha previsto, en la conducta típica, el objetivo del sujeto activo: su articulado describe una serie de conductas, objetivables, que producen un efecto determinado, sin que conste expresamente que el sujeto activo hay decidido causar tales efectos, lo que podrá provocar que la víctima se sienta acosada y modifique sustancialmente su rutina diaria, sin que el legislador haya exigido que fuera esa la pretensión del autor.

Por tanto, una diferencia importante entre uno y otro tipo será la intencionalidad; mientras que en el caso de las coacciones se exige una intención concreta del sujeto activo hacia el pasivo, en el caso del acoso no se da esta premisa. Se exige que el autor realice una serie de conductas, y que las mismas causen un efecto en el sujeto pasivo. De ahí que la doctrina del error sea interesante en delitos de esta naturaleza.

Visto lo anterior, podríamos pensar que, a pesar de compartir ciertos matices, el delito de coacciones y el de *stalking* son figuras separadas entre sí que no confluyen en un mismo supuesto.

Sin embargo la realidad nos demuestra lo contrario.

El legislador de la reforma del Código Penal que cristalizó en la Ley orgánica

1/2015 tuvo presente la relación entre los delitos que aquí estamos viendo. De hecho, este mismo legislador daba cuenta de la dificultad para identificar en los supuestos de hostigamiento “*el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima*”.

Entiende BAUCELLS LLADÓ que el anterior ha sido un argumento utilizado más por la doctrina que por la jurisprudencia, mucho menos reacia a interpretar en sentido amplio el concepto de violencia. Expone dicho autor que *el hecho de considerar como violencia los supuestos de vis absoluta, vis compulsiva e, incluso, de vis in rebus ha permitido que la condena por coacciones haya sido la solución por excelencia propuesta para los casos de hostigamiento denunciados ante los tribunales españoles hasta que el stalking se tipificó como delito*⁶⁵².

Pero, tipificado el delito de *stalking*, las coacciones ya no servirán para paliar las lagunas legales existentes en torno a esta figura, siendo de aplicación preferente el artículo de hostigamiento frente al de coacciones si se cumplen los requisitos del artículo 172 ter.

En un principio, cada uno de los delitos estudiados en este apartado tiene su descripción de conducta típica, y por ello será de aplicación el uno o el otro, en función de la conducta desarrollada por el sujeto activo y la sufrida por el sujeto pasivo.

¿Podrá existir un solapamiento entre ambos delitos?

Entendemos que podrá darse el caso, si la conducta típica descrita en el artículo 172 ter se da existiendo violencia por parte del sujeto activo, y si la realización de estas conductas tiene un objetivo para el sujeto activo: que la víctima modifique sustancialmente el desarrollo ordinario de su vida, impidiéndole, por ejemplo, acudir a un lugar determinado por miedo a encontrarse con él.

⁶⁵² BAUCELLS LLADÓS, J., “La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto de Código Penal”, Revista General de Derecho Penal, n.º 21, 2014.

En este supuesto, habrán confluído ambos casos: una modalidad típica de acoso, donde se ha materializado alguna de las conductas previstas en el artículo 172 ter, causando una sensación de acoso a la víctima que le haya hecho modificar la vida ordinaria de manera grave, y por otro lado, nos encontraremos con un posible delito de coacciones, donde el sujeto activo ha empleado la violencia a fin de evitar que la víctima realice una determinada conducta (por ejemplo ir a un sitio determinado, por miedo a encontrárselo).

Antes de la tipificación del delito de *stalking*, no había mayor problema, pues la conducta típica era reconducida al delito de coacciones. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Reforma del Código Penal y con ella del artículo 172 ter, han surgido problemas de aplicación.

A pesar de que las razones para aplicar un delito u otro pueden no ser fáciles de hallar, observamos algunos matices que permiten dilucidar si nos encontramos ante un supuesto de coacciones o de hostigamiento.

1.- *Posición de la víctima.*- En el caso de delito de acoso, la víctima, necesariamente, debe percibir la situación como acosadora, mientras que el delito de coacciones no requiere una percepción concreta de la situación por parte de la víctima. Atendemos por tanto a la posición del sujeto pasivo, por un lado, para determinar si la situación a la que viene siendo sometida la misma la percibe como un acoso o un coacción, entendiendo que la coacción, como ya expuso el Tribunal Supremo, se caracteriza por un acto espontáneo, mientras que el acoso requiere una constancia en el tiempo⁶⁵³.

2.- *Conducta persistente y reiterada.*- El artículo 172 ter requiere, como hemos analizado, una conducta reiterada e insistente en la víctima, mientras que la coacción no requiere de esta actuación continuada en el tiempo.

3.- *Internacionalidad.*- El delito de coacciones requiere que el sujeto activo pretenda evitar que la víctima haga lo que quiere o le obligue a hacer algo que no

⁶⁵³ Ver Auto n.º 636/16 de TS, Sala 2ª, de 7 de abril de 2016, Ponente D. MARTÍNEZ ARRIETA, A.

pretende, mientras que el delito de acoso no requiere una internacionalidad expresa por parte del sujeto.

4.- *Empleo de la violencia.*- El delito de *stalking* no requiere empleo de violencia para la realización de las conductas delictivas, mientras que las coacciones demandan este requisito como necesario para la tipificación de los hechos como conductas penales.

5.- *Gravedad de los hechos.*- El delito de coacciones valora la pena en función de la gravedad de los hechos y, siendo esta leve, en función de si la víctima es o no mujer con la que el autor esté o haya estado unido sentimentalmente. Por su parte, el artículo 172 ter no hace una diferencia en función de la gravedad de los hechos. Ambas figuras, no obstante, distinguen en caso de que los actos se hayan realizado hacia personas especialmente vulnerables o que se encuentren en las previstas en el artículo 173.2 del Código Penal, aumentando la pena a imponer en estos supuestos.

A pesar de las diferencias advertidas, debemos señalar las normas específicas que subraya el artículo 172 ter. 3: las penas se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

Entendemos que en caso de que pueda justificarse la comisión de un delito de coacciones y otro de acoso, de manera separada y distinta, podríamos considerar la aplicación de la norma concursal prevista en el artículo 77 del Código Penal, al haber sido usado como medio el uno de los delitos para cometer el otro.

Sin embargo, analizadas las conductas del sujeto activo, pasivo, y las modalidades de uno y otro delito, nos inclinamos por entender de aplicación la norma de la absorción, en el sentido de entender que el delito que conlleve pena de mayor gravedad será el que finalmente se imponga al otro, y ello dependerá de las circunstancias concretas del autor y de la víctima.

Y ello por entender que se trata de conductas que, si bien consideradas separadamente pueden perfilarse como delitos autónomos, lo cierto es que ambos exigen una percepción de la víctima determinada; el artículo 172 ter una sensación de acoso, y en el caso de las coacciones, un miedo implícito a desobedecer al autor de los

hechos. Teniendo en cuenta que se trata de percepciones subjetivas, en muchas ocasiones, cuando las conductas típicas del autor puedan asociarse entre sí y configurarse como alguno de los tipos delictivos, será la percepción de la víctima la que nos ayude a discernir entre uno y otro delito. Y ante la falta de pruebas que nos acredite cuál de las dos opciones es la más acertada, podremos justificar la aplicación de la norma de la absorción para dar respuesta a la problemática causal entre estas dos figuras.

9.7.- *Stalking* y delito de acoso. Especial referencia al artículo 172.1 y 184 del Código Penal

9.7.1- Delito de acoso y su dificultad definitoria

Siguiendo a MENDOZA CALDERÓN, podemos decir que la principal dificultad de dar un concepto criminológico del término "acoso", estribaría en definir un concepto del mismo. En principio, puede definirse al acoso como *"una forma de comportamiento agresivo que suele ser lesivo y deliberado: a menudo, persistente, y a veces, continuado durante semanas, meses e incluso años"*. Subyacente a la mayor parte de los comportamientos de acoso estaría el abuso de poder y el deseo de intimidar y dominar.

Pero el acoso, lejos de circunscribirse en una o varias parcelas del derecho penal, se constituye como una suerte de fenómeno social, presente en numerosos frentes de la vida humana. Sus manifestaciones también pueden ser variadas: desde una exteriorización directa que expone a la víctima a una situación de intimidación grave, hasta movimientos sutiles y apenas percibidos por la parte receptora de tal conducta, que siente el comportamiento del agente acosador como no debido, pero desconoce los medios para luchar contra esta situación, o si dicho comportamiento conlleva consecuencias más o menos gravosas.

Además, el término acoso puede venir asociado, o no, con comportamientos delictivos de otra naturaleza. Podemos hablar de acoso causado al sujeto pasivo mediante la proliferación de insultos, amenazas o coacciones; el acoso puede ser también el punto de partida para la comisión de delitos de naturaleza más gravosa, como los que atentan contra la integridad sexual.

En relación con lo anterior, podemos observar que la corriente que ha tomado la política criminal española en los últimos años le llevó a tipificar otros supuestos específicos de acoso tales como el acoso laboral y el acoso inmobiliario. Siguiendo con esta estela legislativa, quedó también integrado en el Código Penal el acoso predatorio, concretamente en el artículo 172 ter. Y dicho tipo de acoso viene entendido como un delito atentatorio contra la libertad de obrar⁶⁵⁴.

PUJOLS PÉREZ recuerda que la tipificación de estas conductas no es, sin embargo, una eventualidad, pues *ésta ha venido provocada por la ratificación por parte del Estado español del Convenio del Consejo de Europa, celebrado en Estambul en fecha 11 de mayo de 2011, que exige la adopción de medidas para tipificarlo, si bien su artículo 78.3 excusa a los estados de imponer castigos penales relativos al acoso, permitiéndoles adoptar sanciones no criminales al respecto - esto es, medidas civiles tendentes a la prevención y protección de la víctima, tales como las restraining orders norteamericanas*⁶⁵⁵.

La existencia de los delitos no tiene por qué darse de manera aislada y autónoma, pues como en cualquier otra disciplina jurídica, pueden convenir distintas figuras en la descripción de los hechos objeto de estudio.

9.7.2- Tipos de acoso

Bajo el término “acoso” tienen cabida conductas muy diferentes entre sí, que se encuentran unidas por más o menos elementos en común, dependiendo del tipo delictivo.

Sin perjuicio de las normas concursales que hemos estudiado a lo largo de esta exposición, centraremos el análisis en las figuras del acoso laboral y el inmobiliario. No obstante, hemos entendido necesario hacer una referencia a las distintas modalidades

⁶⁵⁴ Sobre el bien jurídico protegido, ver apartado 2 de este mismo capítulo.

⁶⁵⁵ PUJOLS PÉREZ, S., “Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de stalking: problemática suscitada”, Revista General del Derecho penal, nº 23, 2015, p. 1-2.

de acoso que recoge el Código Penal, y lo haremos siguiendo a MENDOZA CALDERÓN⁶⁵⁶.

I. Acoso laboral

El Código penal de 1995 introdujo el delito de acoso sexual en el Capítulo III, del Título VIII, del Libro II, en el Artículo 184 C.P, penalizando *al que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciendo de una situación de superioridad laboral o docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación*, con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses⁶⁵⁷.

Es en este momento cuando el delito de acoso se tipifica por primera vez como figura autónoma. Hasta la fecha, y al margen de que las conductas en que pudiera concretarse el acoso fueren, *per se*, constitutivas de delitos contra la libertad sexual, la intimidad o el honor (según los casos), la tutela que dispensaba nuestro ordenamiento jurídico en este ámbito provenía básicamente del Estatuto de los trabajadores de 1980, configurándose el acoso como *grave infracción del básico y fundamental derecho de los trabajadores al respeto a su intimidad a la consideración adecuada a su dignidad* (Artículo 4.2 e)⁶⁵⁸.

El legislador de 1995 tipificó exclusivamente una determinada clase de acoso sexual, precisamente el más vinculado a la tutela de la libertad sexual en sentido estricto, de forma coherente con la ubicación sistemática del precepto: lo que la doctrina científica conocía como “chantaje sexual”, en el que el acoso asume la estructura típica

⁶⁵⁶ MENDOZA CALDERÓN, S, *El delito de stalking: análisis del Artículo 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013*, en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁶⁵⁷ Sobre la necesidad de tipificación del acoso laboral, ver CARMONA SALGADO, C., “Tutela jurídica del acoso laboral en el ámbito de las empresas y de las Administraciones públicas. Su disfuncional regulación en el proyecto de reforma del CP de 15 de enero de 2007”, *Revista Penal*, nº 21, 2008, p. 72 y 79.

⁶⁵⁸ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980, p. 5799. la figura del acoso se introdujo en nuestro ordenamiento laboral mediante la Ley 3/1989, de 3 de marzo, sobre maternidad e Igualdad de Trato de la Mujer Trabajadora, que incorporó al artículo 4.2 e) el inciso: “...comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual” en la relación de trabajo.

de “*quid pro quo*”, que se produce cuando el trabajador o trabajadora es requerido^{7a} sexualmente, explícita o implícitamente, por el empresario/a o superior jerárquico, con la promesa de experimentar una mejora, o la amenaza de sufrir un mal, en sus condiciones y expectativas laborales, en función de que acepte o no el requerimiento formulado⁶⁵⁹.

La Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril, de *reforma del Código penal en materia de delitos sexuales*, dividió el Artículo 184 CP en tres apartados. El primero de ellos, que regula la figura básica, queda redactado de la siguiente manera: introdujo como novedad la necesidad de que el comportamiento del autor causara en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, manteniendo la pena de arresto de fines de semana como el tipo anterior y la multa rebajando el límite máximo de doce a seis meses.

Por su parte, el apartado segundo hacía referencia a los hechos cometidos abusando de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica (eliminando el término “análoga”). Respecto de la pena, aumenta el límite máximo de arrestos de fines de semana (hasta veinticuatro), y la pena de multa la fija en un máximo de doce meses, como en el tipo básico anterior a la reforma.

La preocupación por el legislador sobre el tratamiento que recibe el sujeto pasivo no se materializa únicamente en el primer apartado; el último apartado del artículo hace referencia al caso de que el delito se cometa sobre persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, aumentando las penas considerablemente – duplicando las penas en el tipo básico, e introduciendo pena de prisión de hasta 1 año en el tipo agravado del segundo apartado.

La reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* se limita a

⁶⁵⁹ Cf. MORALES PRATS, F., *Delitos contra la libertad e Indemnidad Sexuales*, Cap. VIII, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp.320-321.

variar el artículo en cuanto a las penas, para adaptarlas a las nuevas disposiciones legales.

En el Artículo 184.1 CP se penaliza la conducta *del que solicite favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, siendo castigado como autor de acoso sexual con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.*

En el Artículo 184.2 CP se especifica que *si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena sería de prisión de cinco a siete meses o de multa de diez a catorce meses.*

El último apartado, como introdujo la reforma de 1999, prevé lo siguiente: *Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.*

La doctrina y la jurisprudencia han denominado *acoso ambiental* para referirse a los casos en que el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin existir un condicionamiento para el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador o trabajadora. Entiende MENDOZA CALDERÓN que las conductas de este acoso sexual ofrecen una gran variedad, pudiéndose dar asimismo ofensas verbales, incluidas bromas, piropos, comentarios sobre la vida íntima del trabajador, colocación de póster pornográficos en los lugares de trabajo o la observación de un trabajador en un lugar reservado como un servicio. En

cambio, el "chantaje sexual" se refiere a la situación que se produce cuando el sujeto activo condiciona el acceso al empleo, una condición laboral, o el cese del trabajador, a la realización de un acto de contenido sexual.

La protección a las personas trabajadoras es una preocupación constante para el legislador, y así se desprende no sólo de los esfuerzos realizados en materia de derecho laboral, sino de las modificaciones en materia penal; prueba de ello es la modificación operada por la *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio*, que recoge que con la misma pena del Artículo 173.1 CP serán castigados los *que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*, regulando así el llamado acoso moral o *mobbing*, que afecta a la dignidad y a la integridad moral de la persona.

El término *mobbing* literalmente significa amilanar o atropellar y ha sido traducido como hostigamiento psicológico en el trabajo, refiriéndose al momento en el que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. Se trata de situaciones en las que se ejerce por una persona o actuando en grupo, una violencia psicológica y sistemática durante un periodo prolongado de tiempo, no ocurriendo exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño laboral, sino que tiene su origen en relaciones interpersonales. La parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la de la persona hostigada. Se limitan las posibilidades de comunicarse, se cambia la ubicación separándole de sus compañeros y compañeras, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones, se aísla a la persona socialmente, se producen ataques a su vida privada, agresiones verbales, se difunden rumores contra dicha persona, provocando generalmente en la víctima ansiedad, pérdida de autoestima, depresión e incluso dolencias físicas como úlceras gastrointestinales.

MENDOZA CALDERÁN, citando a MARTÍNEZ ESCRIBANO, describe el *mobbing* como un proceso de destrucción, son situaciones hostiles que tomadas de forma aislada pueden parecer hasta anodinas pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos.

Se deben dar por lo tanto obligatoriamente tres elementos: a) la existencia de un comportamiento humillante o vejatorio, b) la prolongación del mismo en el tiempo (los estudios médicos y sociológicos indican un término de seis meses como mínimo, si bien se señala que jurídicamente se debe seguir un criterio más flexible), y c) un elemento intencional que consiste en causarle al trabajador o trabajadora un mal o daño, intentando minar la moral de éste y desestabilizarlo, constatando que los comportamientos del acosador sean idóneos para causar una lesión en los bienes jurídicos del acusado, con independencia del motivo que genera la situación de persecución y de que se produzcan o no, daños patológicamente evaluables. PÉREZ MACHÍO en cambio, habría introducido un concepto jurídico de *mobbing* como *toda inflación habitual y reiterada de sufrimientos y padecimientos de carácter físico, psíquico o de cualquier otra naturaleza, que cometidos en el ámbito laboral o consecuencia de la relación laboral y dirigidos a obtener la salida del trabajador acosado en la organización, provocan potencialmente sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento, de especial intensidad, contrarios a la dignidad humana*⁶⁶⁰.

II. Acoso Inmobiliario

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio también introdujo el denominado **acoso inmobiliario** en el Artículo 173.1 CP , recogándose la conducta del que *de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda*. Se afirma que se ha introducido una tutela reforzada para luchar eficazmente contra los fenómenos de *blockbusting* que perturbarían de modo ilícito el uso de la vivienda, normalmente bajo los dictados de la especulación inmobiliaria. De esta manera, el legislador penaliza lo que hasta la reforma quedaba fuera del marco penal salvo que pudiera ser incardinado como delito especial de coacciones del artículo 172.1 del Código Penal⁶⁶¹. Dicho apartado

⁶⁶⁰ MENDOZA CALDERÓN, S, *El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013*, en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las reformas penales...*, op. cit, pp. 103-140.

⁶⁶¹ Sobre este tema, consultar CARMONA SALGADO, C. "Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la l. o. 5/2010", Diario La Ley, 24 de mayo de 2011.

castiga (entre otras conductas) a quien ejerciera los actos de coacción teniendo por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Al tratarse de un delito de coacción, la conducta del sujeto activo deberá ser violenta, lo que no es requerido para el caso del artículo 173.1 del Código Penal⁶⁶².

III. Ciberacoso

El **ciberacoso** se entiende el acoso entre iguales, incluyendo actuaciones de chantaje, vejaciones e insultos de menores a otros menores⁶⁶³. En una forma más exhaustiva, el *ciberbullying* supondría el uso y difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico a través de medios de comunicación como el correo electrónico, la mensajería de texto a través de teléfonos o dispositivos móviles o la publicación de videos y fotografías en plataformas electrónicas de difusión de contenido. La clave sería una situación en que acosador y víctima serían niños, compañeros de colegio o instituto o personas con las que la víctima se relacionaría en la vida física⁶⁶⁴.

El comportamiento delictivo detallado requeriría, por tanto, de varios factores:

i) Existencia de una situación de acoso dilatada en el tiempo, descartándose acciones puntuales.

ii) Se daría una situación de acoso que no cuenta con elementos de índole sexual (pues en ese caso estaríamos ante otro tipo de figura delictiva o ante un problema

⁶⁶² La introducción de esta figura generó críticas en el sector doctrinal. En este sentido, ver BAUCELLS LLADÓS, J., "La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto de Código Penal", *op. cit.*, p. 3, y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "El *Blockbusting* (una excrecencia legislativa más)", *La Ley*, 5, 2010, p. 1875-1876. A favor, FERNÁNDEZ PALMA, R., "Acoso laboral e inmobiliario", en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 2019: análisis y comentarios*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2010, p. 155 y CARUSO FONTÁN, V., "El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia", *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, noviembre, 2011, p. 13 y siguientes.

⁶⁶³ Ver LÓPEZ-GARCÍA TORRES, R., SANELEUTERIO, E., "Violencia física y verbal en la infancia" en "La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español", en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, pp. 415-437.

⁶⁶⁴ Tradicionalmente se asocia este delito al artículo 173.1 del Código penal. Pero el *cyberbullying* puede venir referido a delitos de otra naturaleza, tales como inducción al suicidio, coacciones, amenazas, etc. Sobre este tema, ver GARCÍA GONZÁLEZ, J., *El reto de la convivencia escolar*, Ed. Generalitat Valenciana, Valencia, 2015.

concurral)

iii) Las víctimas y acosadores serían de edades similares y tendrían relación o contacto con el mundo físico

iv) El medio utilizado para llevar a cabo el acoso sería tecnológico: Internet, telefonía móvil, redes sociales, plataformas de difusión de contenidos o videoconsolas con conexión *on line*. No existe una lista cerrada de posibilidades en los medios de comisión de este delito.

IV. *Grooming*⁶⁶⁵

En el *grooming* se distinguirían varias fases del acoso marcadas por una última finalidad:

a) *Fase de amistad*, en la que la persona adulta toma contacto con el menor para conocer sus gustos y crear una relación de amistad con el objeto de alcanzar la confianza del posible afectado

b) *Fase de relación*, que incluiría confesiones personales e íntimas entre el menor y el acosador; y

c) *Componente sexual*, ya que se produciría la descripción de términos específicamente sexuales y la petición a los menores de su participación en actos de naturaleza sexual, grabación de imágenes o toma de fotografías. Tanto en un caso como en otro (*ciberbullying* o *grooming*) no se trataría de nuevos delitos sino de formas adaptadas al nuevo entorno tecnológico para cometer tipos delictivos preexistentes.

V. *Sexting*⁶⁶⁶

El *sexting* consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico. El contenido de carácter sexual,

⁶⁶⁵ Regulado en el artículo 183 del Código Penal. Sobre los antecedentes de este delito, ver PARDO ALBIACH, J., "Ciberacoso: *cyberbullying*, *grooming*, redes sociales y otros peligros", p. 51-85, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coordinador), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁶⁶⁶ Figura estudiada en el Capítulo I, al examinar los delitos afines a los cometidos en el ámbito de violencia de género.

generado de manera voluntaria por su autor, pasa a manos de otra u otras personas, pudiendo entrar en un proceso de reenvío masivo multiplicándose su difusión.

Los factores más destacables que deben darse para la comisión del *sexting* serán los siguientes:

- a) Existencia de una voluntariedad inicial de la persona en la producción del material, el cual será de contenido íntimo y personal.
- b) Uso de dispositivos tecnológicos para la elaboración del material.
- c) Obtención del material fuera del alcance de terceras personas
- d) Falta de autorización de la persona afectada en la difusión, revelación o cesión a terceros del contenido producido.
- e) Que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de la víctima.

Lo más destacable de estas situaciones, originadas en forma voluntaria, sería que en ocasiones dichas imágenes pueden escapar del ámbito privado, porque el receptor del contenido del contenido siga, a su vez, reenviando las imágenes a sus contactos o que se produzca el robo o pérdida del teléfono móvil o acceso por terceros sin consentimiento al dispositivo (*cracking*)⁶⁶⁷.

9.7.3.- Relación del delito de *stalking* con el delito de acoso laboral e

⁶⁶⁷ El *cracking*, *sexting* o *grooming* pertenecen a la categoría de delitos tecnológicos de reciente incorporación a nuestro Código Penal. Así, BARRIO ANDRÉS, M., "Hacking, cracking, grooming y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español", La Ley Penal, nº 121, Sección Legislación aplicada a la práctica, julio-agosto 2016, p.1, entiende que a partir de la publicación de BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Ed. Planeta, Barcelona, 1998, p. 19 y ss., se identifica la nueva sociedad postindustrial de nuestro tiempo como una «sociedad del riesgo». El extraordinario avance de los medios tecnológicos y técnicos, en particular las tecnologías de la información vinculadas a la informática e Internet, ha tenido y sigue teniendo repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Pero, a su vez, semejante progreso social tiene un coste de signo negativo: el funcionamiento de esos medios técnicos es el factor originador de la presencia de una elevación, en número y entidad, de los factores de riesgo en nuestra sociedad; mayor nivel de riesgo que se mide no solo por la aparición de nuevos focos desencadenantes del mismo, sino también por la mayor capacidad de proyección de los futuros daños, sobre un colectivo de ciudadanos cada vez más grande.

inmobiliario

9.7.3.1.- Marco comparativo entre *stalking*, acoso laboral y acoso inmobiliario

Como hemos indicado con carácter precedente, consideramos adecuada la inclusión del delito de acoso que aquí nos ocupa en el Código Penal español, recordando, además, que las disposiciones internacionales se hicieron eco de la necesidad de tipificar el mencionado delito, lo que es una realidad en España desde el 1 de julio de 2015.

Cosa distinta es, una vez tipificado el delito, la forma concreta en que el tipo en cuestión se va a dar. En las aproximaciones realizadas a esta figura de reciente creación en el derecho español, se ha postulado el *stalking* como una especie del género acoso, teniendo en cuenta que en nuestro Código Penal se hallan ya tipificadas otras manifestaciones de este género. La primera de ellas, cuanto menos por el nombre, aunque no requiera de la reiteración de conductas, es el acoso sexual del Artículo 184 CP. A ésta se suman desde la reforma de 2010, como se sabe, las tipicidades referidas al acoso laboral e inmobiliario entre los delitos contra la integridad moral –artículo 173.1, párrafos 2º y 3º CP–, así como la incriminación expresa del acoso inmobiliario en el artículo 172.1, párrafo. 3º CP, igualando en pena a las coacciones cualificadas que tienen por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

VILLACAMPA ESTRIARTE compara los marcos punitivos de estas conductas delictivas con el contemplado para el delito de *stalking*, y comprueba cómo nos podemos encontrar con que queriendo incriminar un supuesto específico para evitar vacíos de punibilidad acabemos privilegiando al *stalker* en relación con otro tipo de acosadores e incluso con la condena que correspondería a estas conductas de ser penadas conforme a los tipos en los que hasta ahora se había venido subsumiendo generalmente, como en el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar –maltrato psicológico– o el delito de coacciones, fundamentalmente⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “El proyectado delito de acecho: Incriminación del *stalking* en el derecho penal español”, Cuadernos de Política Criminal, nº 109, Época II, mayo 2013, p. 39-40.

Tomando como base la observación de VILLACAMPA ESTRIARTE, debemos realizar un análisis comparativo entre la figura del acoso prevista en el artículo 172 ter, el acoso sexual del artículo 184 y el delito de acoso inmobiliario previsto en el artículo 172.1, así como su consideración atenuada prevista en el artículo 173.1 del Código Penal.

No podemos seguir adelante sin realizar una observación sobre esto último: el artículo 173.1 expresa la acción reiterada de impedimento de disfrute legítimo de una vivienda, y se le viene considerando un tipo atenuado *sui generis* del delito de acoso inmobiliario del artículo 172.1 in fine del Código Penal. Sin embargo, aunque a efectos prácticos así lo vamos a tratar, lo cierto es que cada una de las modalidades tiene su propia ubicación y, como veremos, sus particularidades (incluida la diferenciación en el bien jurídico protegido).

Comenzando por la *Ubicación*, los tres preceptos parten de supuestos diferenciados: el delito de *stalking* se encuentra previsto en el Capítulo III (“De las Coacciones”) del Título VI (“Delitos contra la libertad”) del Libro II, mientras que el delito de acoso sexual se encuentra ubicado en el capítulo III (“Del Acoso Sexual”) del Título VIII (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”). Por su parte, el delito de acoso inmobiliario se encuentra en el mismos Capítulo y Título que el de *stalking*, si bien el tipo atenuado del artículo 173.1 se encuentra previsto en el Título VII del Libro II: “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”.

Respecto del *bien jurídico protegido*, ya hemos analizado esta cuestión por lo que respecta al delito de *stalking*, que se refiere principalmente a la libertad del sujeto en un sentido amplio, afectando de manera tangencial otros bienes como es la integridad moral: el delito de acoso inmobiliario en su grado más elevado comparte bien jurídico con el delito de *stalking*, por tratarse de un delito incorporado al de coacciones, con las particularidades que veíamos al analizar tal conducta delictiva. En su vertiente más atenuada, podemos decir que el bien afectado es la integridad moral, toda vez que la

ubicación del bien (torturas y otros delitos contra la integridad moral) deja poco margen de maniobra para determinar el bien jurídico protegido, ya que la propia rúbrica del Título indica el bien afectado por delitos de esta naturaleza. En caso del delito de acoso sexual del artículo 184, se reconoce como bien jurídico protegido la libertad, pero no de una manera genérica o global, sino la libertad orientada a su vertiente sexual, como así lo reconoce el propio Título.

Sobre la *conducta típica*; el delito de *stalking* reconoce cuatro modalidades típicas, ya estudiadas, unidas a determinados requisitos de reiteración y falta de legitimación; el delito de acoso sexual entiende, como conductas típicas: i) Solicitar favores de naturaleza sexual, ii) Que los mismos se produzcan en una relación laboral, docente o de prestación de servicios, y que iii) Los mismos se realicen de manera continuada o habitual. Por su parte, el delito de acoso inmobiliario del artículo 172.1 del Código penal no especifica el tipo de comportamiento que debe realizar el sujeto para que los hechos sean constitutivos de delito, debiendo acudir al tipo básico del primer apartado del artículo 172, que requiere que la conducta del autor sea i) Ilegítima, ii) Tendente a impedir a otro hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiere y iii) Uso de violencia para conseguir sus objetivos. Sí lo hace, en cambio, el tipo atenuado del artículo 173.1, exigiendo, para castigar la conducta, que i) Se realicen por el autor actos hostiles o humillantes, sin que llegue a constituir trato degradante, y ii) Que este comportamiento sea reiterado.

Sobre el *resultado*; el delito de *stalking* es un delito de resultado, en el que se exige que los hechos descritos provoquen en la víctima una situación de acoso que le haga modificar sustancialmente el desarrollo de su vida cotidiana. En caso del delito de acoso sexual, el artículo 184 requiere que los comportamientos antes descritos originen en la víctima *una situación objetiva y gravemente intimidatoria*. Este requisito de resultado no se da en el caso del delito de acoso inmobiliario del artículo 172.1, en el que no se requiere que los actos del sujeto activo coloquen a la víctima en una situación determinada. El tipo del artículo 173.1 tampoco requiere un resultado en el

comportamiento del sujeto. Por tanto, mientras que el delito de hostigamiento y de acoso laboral son delitos de resultado, el delito de acoso inmobiliario lo es de mera actividad.

Respecto de *la intencionalidad del autor*; el delito de acoso previsto en el artículo 172 ter no especifica una intencionalidad concreta en el autor cuando desarrolla las conductas previstas en el artículo. Tampoco lo hace el delito de acoso sexual. El delito de acoso inmobiliario, en cambio, sí atiende a una especial intencionalidad del autor: tanto en el caso del artículo 172.1 como en el del 173.1, el objetivo del sujeto activo será *impedir el legítimo disfrute de la vivienda del sujeto pasivo*.

Sobre *la condición del sujeto activo*; el delito de *stalking* no prevé ninguna condición expresa en la persona del autor de los hechos para calificar la conducta; se trata de un delito común, aunque, como hemos analizado, tiene especial incidencia entre personas que han guardan o han guardado cierta relación entre sí, especialmente sentimental. Tampoco prevé ninguna condición expresa el delito de acoso inmobiliario. Por su parte, el delito de acoso laboral, en su tipo básico, requiere como condición para tipificar la conducta, que las partes tengan una relación laboral, docente o de prestación de servicios. Su apartado segundo sí exige que en esta relación, el autor de los hechos se hayan prevalecido de su situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pudiera tener en el ámbito de la relación en cuestión.

En cuanto a *la condición de sujeto pasivo*; el delito de hostigamiento parte de un tipo básico donde no se especifica la condición de sujeto pasivo. Sin embargo, en el último inciso del primer apartado prevé penas superiores para el caso de que el delito se dirija contra personas *especialmente vulnerables*. Por último, se prevé un apartado específico para el caso de que el hecho delictivo se cometa contra algunas de las personas que recoge el artículo 173.2 del Código Penal. El artículo 184 no especifica la condición de sujeto pasivo (salvo por el hecho de que necesariamente debe existir entre

las partes una relación laboral, docente o de prestación de servicios). Sin embargo el tercer apartado sí prevé penas mayores en el caso de que el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación. El artículo 172.1 y el 173.1 no prevén condición específica en la persona del sujeto pasivo. Obviamente, atendiendo a la redacción literal de ambos artículos, será necesario que el sujeto pasivo tenga legítimo derecho a disfrutar de la vivienda cuyo uso se le trata de impedir.

Sobre *requisito de perseguibilidad*; el delito de *stalking* requiere de denuncia previa de la persona agraviada o su representante legal para su perseguibilidad, salvo que el sujeto pasivo sea alguna de las personas que menciona el artículo 173.2 del Código Penal (Artículo 172 ter. 4 en relación con el punto 2). Para poder perseguir el delito de acoso sexual, se requiere que la persona agraviada o su representante legal denuncien, o bien que el Ministerio Fiscal, ponderando los legítimos intereses en presencia, presente querrela. Y ello salvo que la víctima sea persona especialmente vulnerable, en cuyo caso bastará denuncia del Ministerio Fiscal (artículo 191 del Código Penal).

Para el caso del acoso inmobiliario no se prevé la necesidad de denuncia o querrela previa para su perseguibilidad, ni en el supuesto del artículo 172.1 ni en el del 173.1 del Código Penal.

Sobre *las penas a imponer*; el caso del artículo 172 ter viene diferenciado en función del sujeto pasivo sobre el que recae la acción. De esta manera, en caso del supuesto básico, la pena a imponer será de prisión de tres meses a dos años o multa de 6 a 24 meses; si el sujeto pasivo es persona especialmente vulnerable, la pena a imponer será obligatoriamente de prisión de seis meses a dos años. Y encaso de que la víctima sea persona de las mencionadas en el artículo 173.2 del Código penal, la pena a imponer será de prisión de 1 a 2 años o de trabajos en beneficio de la comunidad, de 60 a 120 días. En el caso del delito de acoso sexual, el tipo básico conlleva la pena de prisión de 3 a 5 meses, alternativamente, multa de 6 a 10 meses; si la víctima es subordinada del

autor o se ha cometido el hecho delictivo con amenazas de las referidas en el segundo de los apartados, la pena aumenta a prisión de 5 a 7 meses o alternativamente, multa de 10 a 14 meses. Si el sujeto pasivo es persona especialmente vulnerable, la pena será de prisión de 5 a 7 meses, o multa de 10 a 14 meses en el tipo básico, y de prisión de 6 meses a 1 años en los supuestos del segundo apartado.

Por su parte, el acoso mobiliario prevé penas de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 12 a 24 meses en su mitad superior, para el caso de que la conducta tenga cabida en el artículo 172.1 in fine, y de prisión de 6 meses a 2 años en caos de la conducta prevista en el artículo 173.1 del Código Penal.

Al margen del delito de acoso sexual del Artículo 184 CP, que tiene una pena inferior al delito que aquí nos ocupa –quizá, como argumenta VILLACAMPA ESTRIARTE, por no requerir una reiteración de la conducta persecutoria--, el resto de supuestos de acoso a que se ha hecho referencia tienen prevista superior pena, como podemos observar en el párrafo anterior.

Entendemos, como ya lo hizo VILLACAMPA ESTRIARTE, que en este caso al legislador español le ha faltado visión de conjunto a la hora de diseñar una estrategia criminalizadora del acoso que resulte sistemáticamente consistente. Sin duda, la atomización, la sectorialización de la incriminación de las situaciones de acoso, así como los agravios comparativos y los solapamientos normativos con otros tipos delictivos plantean a los operadores jurídicos no pocas dudas.

9.7.3.2.- Problema concursal entre el artículo 172 ter y el acoso laboral o inmobiliario

Entendemos conveniente exponer un breve apunte sobre los tipos de concursos, en aras a ofrecer claridad en la exposición que seguirá a continuación.

Cuando nos enfrentamos a unos hechos con apariencia de delito, debemos estudiar la acción delictiva, y valorar jurídicamente la misma, pudiendo encontrarnos

ante las siguientes situaciones: a) que una sola acción se valore como productora de una sola infracción, b) que una pluralidad de acciones se valoren, también, como un único delito: delito continuado, delito masa y delito de hábito; c) que exista una unidad de acción, valorada como constitutiva de dos o más infracciones: concurso ideal; d) que existan una pluralidad de acciones, que ocasionen pluralidad de infracciones (concurso real).

Vemos así que la pluralidad de infracciones puede venir determinada por una pluralidad de acciones (supuesto de concurso real), o por una sola acción (caso de concurso ideal), en el que también se incluyen infracción medio necesario para la comisión de otra (concurso medial)⁶⁶⁹.

Y como regla para diferenciar estos concursos del examinado de leyes, la Sala Segunda del Tribunal Supremo señaló en su día: *“Si, ante una determinada conducta punible, su total significación antijurídica queda cubierta mediante la aplicación de una sola norma penal, nos encontramos ante un concurso de normas; pero si es necesario acudir conjuntamente a las dos penas para abarcar la total ilicitud del hecho, estamos ante un concurso de delitos”*⁶⁷⁰.

Describimos las opciones de configurar el concurso en el presente caso, siguiendo al autor LUZÓN CUESTA⁶⁷¹.

a) *Como concurso real.*- El concurso real supone un privilegio penológico en el tratamiento del autor de varias infracciones, siempre que entre ellas existan relaciones de conexión, que justifiquen, se enjuicien, o hayan podido enjuiciarse, en un solo procedimiento. El sistema de imposición de penas puede ser el de **absorción**, en que las penas menores son absorbidas por la más grave, y el de **acumulación jurídica**, que partiendo de la formulación material, establece un máximo de cumplimiento. Nuestro ordenamiento jurídico establece un sistema mixto, caracterizado por el principio de

⁶⁶⁹ Cf. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed. DYKINSON, Madrid, Abril de 2012, p. 223-225.

⁶⁷⁰ Sentencia núm. 887/2004 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 6 de julio, siendo Ponente D. MONTERDE FERRER, F

⁶⁷¹ Cf. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed. DYKINSON, Madrid, Abril de 2015, p. 225-229.

acumulación con una serie de limitaciones expresas⁶⁷².

b) Como concurso ideal.- Consta de dos hipótesis o modalidades, la pluriofensiva, cuando un solo hecho constituyentes más delitos, y la medial, instrumental o teleológica, la cual se producirá cuando la comisión de un delito sea medio necesario para cometer otro. En este caso acudirá el legislador, para la punición de esta pluralidad de conductas, primordialmente, a criterios de *absorción* (la pena correspondiente al delito más grave su grado máximo) y, subsidiariamente, en tanto en cuanto esa solución sea perjudicial para el reo, a principios de *acumulación matemática*, esto es, sancionando los delitos separadamente.

Únicamente el primer supuesto constituye concurso ideal puro, en tanto el segundo propiamente se trata de una modalidad o subforma de concurso real, que nuestro derecho se asocia, al tiempo de su penalización, al sistema propio de concurso ideal. La ley exige, en este último caso, que la relación entre un delito y el final no obedezca una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que debe existir una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron. Es decir, que en la modalidad medial, la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo atendiendo el proceso psicológico intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real⁶⁷³.

a) *Stalking* y acoso inmobiliario

Hemos tenido oportunidad de estudiar la naturaleza jurídica del delito de *stalking* y la consideración de la libertad como bien jurídico protegido. Hemos hecho referencia igualmente en los párrafos anteriores a la relación entre el delito de acoso inmobiliario y los delitos de coacciones y contra la integridad moral, dependiendo de la aplicación del artículo 172.1 in fine o del artículo 173.1 del Código Penal.

Mientras que el delito de hostigamiento afecta a la libertad en sentido amplio, el

⁶⁷² Sobre esta materia, ver los Artículos 73, 75, 32 y concordantes del Código Penal.

⁶⁷³ Cf. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general, op. cit.*, p. 227-229.

delito de acoso inmobiliario afecta a la libertad de ejecución: en concreto, a la libertad al disfrute legítimo de la vivienda –si bien, recordamos que existirán otros bienes protegidos, como es el de la integridad moral.

El artículo 172 ter no requiere que el autor emplee violencia para perfeccionar el tipo delictivo, como tampoco lo requiere el acoso del artículo 173.1; sin embargo, el acoso previsto en el artículo 172.1, como coacción que es, requerirá del empleo de violencia por parte del autor, para evitar el legítimo disfrute de la vivienda por parte de quien tenga derecho a ello. Esta premisa será una de las empleadas para distinguir el delito de acoso inmobiliario del artículo 172.1 del recogido en el artículo 173.1 del Código Penal.

Recordamos que mientras el artículo 172 ter es un delito de resultado, que exige para la perfección del tipo que el autor cree en el sujeto pasivo una situación de acoso que le haga modificar sustancialmente su vida cotidiana, el delito de acoso inmobiliario, en ninguna de sus modalidades exige que el autor cause en la víctima un resultado concreto, siendo un delito de mera actividad. Eso sí, en los delitos de acoso inmobiliario el autor tiene un objetivo claro, previsto tanto en el artículo 172.1 como en el 173.1: impedir que la víctima use la vivienda de la que tiene derecho legítimo a disfrutar.

Por contra, en el caso del *stalking*, previéndose la necesidad de crear un resultado, un estado concreto en la víctima, no se requiere la existencia de un objetivo, de una intencionalidad en el agente autor de los hechos.

Tras lo expuesto hasta ahora, analizamos la posibilidad de que la figura del *stalking* y del acoso inmobiliario confluyan entre sí, como partes de una o varias conductas delictivas.

Para que pueda darse una relación entre estos dos tipos delictivos, deben darse los presupuestos necesarios para poder hablar de la existencia de ambos delitos, a saber:

i) Que el autor tenga un objetivo: evitar el legítimo disfrute de la vivienda por parte del sujeto pasivo.

ii) Que el autor realice alguna de las modalidades previstas en el artículo 172 ter.1

del Código Penal.

iii) Que las mismas sean repetidas e ilegítimas.

iv) Que las actuaciones del punto anterior se cometan con violencia.

v) Que la víctima se sienta acosada, y que a consecuencia de esto modifique sustancialmente su modo de vida.

vi) Que una de las cosas que modifique sea, necesariamente, el disfrutar de la vivienda que legítimamente tiene derecho a usar.

vii) Que los actos realizados por el autor sean percibidos por la víctima como hostiles o humillantes.

Los presupuestos ii, iii y v configuran el delito de *stalking*. Los presupuestos i, iv y vi configuran el delito de acoso inmobiliario (en su modalidad de coacciones del artículo 172.1). Si añadimos a la conducta delictiva el apartado vii), formaremos también el delito de acoso inmobiliario previsto en el artículo 173.1 del Código Penal.

En el supuesto en que se den todos los números descritos anteriormente, nos encontraremos con que se han perfeccionado dos figuras típicas⁶⁷⁴.

Ante esta situación, entendemos, como ya expusimos en el caso de las coacciones⁶⁷⁵, que será de aplicación el principio de absorción frente a la norma del artículo 172 ter.3 del concurso. Dicha norma parece indicar la necesidad de diferenciar ambos comportamientos delictivos (en este caso, el hostigamiento y el acoso inmobiliario). Sin embargo, no es posible diferenciar ambos delitos ni considerarlos autónomos uno del otro, ya que algunos de los elementos que han servido para configurar el tipo delictivo pertenecen a ambos delitos, sin que puedan estudiarse de manera separada sin caer en la vulneración del principio *non bis in idem*.

⁶⁷⁴ A partir de aquí no hablaremos de la distinción entre acoso inmobiliario del artículo 172.1 y del artículo 173.1, pues al existir violencia (punto iv), el artículo 173.1 dejará paso a la aplicación preferente del artículo 172.1. por ello, al exponer que se perfeccionan los dos tipos delictivos, nos referimos al delito de *stalking* y al de acoso inmobiliario del artículo 172.1 del Código Penal.

⁶⁷⁵ Ver apartado 9.6 de este mismo capítulo.

Sobre la base de los anterior, observamos lo siguiente: si bien factores como la violencia puede tratarse de manera separada, y afectar sólo a la perfección del tipo delictivo de acoso, las modalidades de comisión del hecho delictivo no pueden desligarse y estudiarse separadamente en uno y otro delito. Y ello porque, por un lado, el artículo 172 ter requiere que se hayan efectuado alguna o algunas de tales modalidades para la perfección de la conducta típica. Pero es que el delito de acoso inmobiliario, aunque no prevé modalidades para perfeccionar el tipo, se sirve precisamente de las modalidades del *stalking* para configurar la acción. En consecuencia, no será posible, en base al principio anterior, estudiar las modalidades, por un lado, como constitutivas del delito de hostigamiento, y por otro, como constitutivas del delito de acoso inmobiliario.

Tampoco es un factor en que se pueda desligar la posición de la víctima: el delito de *stalking* precisa un resultado en su estado, mientras que el delito de acoso inmobiliario no; sin embargo, es difícil determinar si la situación de acoso creada la víctima tiene cabida exacta en el artículo 172 ter o en el artículo 172.1, al haberle causado el sujeto activo un temor tal que le impide disfrutar legítimamente de su vivienda. Ello nos llevaría ante un concurso de normas que podríamos resolver atendiendo a los preceptos recogidos en el artículo 8 del Código Penal.

Es por lo anterior por lo que consideramos que existe dificultad para separar ambos delitos, debiendo aplicar la norma del artículo 8 del Código Penal, acudiendo a la regla de absorción del delito. Y ello por entender que en este las conductas delictivas se solapan de tal modo que no cabe hablar, ya no de concurso real –por las razones que hemos expuesto--- sino de concurso ideal: no será posible determinar que uno de los dos delitos se haya cometido como medio para llegar a otro, o que una misma acción o conjunto de ellas sean constitutivas de más de un delito. No obstante lo anterior, la regla de concurso ideal podría estudiarse si se probara expresamente que el autor cometió uno de los delitos para lograr cometer el otro.

b) *Stalking* y acoso laboral

En apartados anteriores hemos tenido la oportunidad de estudiar la ubicación

sistemática del artículo 184 del Código Penal, relativa al acoso laboral. Decimos acoso laboral aunque ya hemos comprobado que el contenido del artículo es más amplio que este término, pudiendo darse en relaciones laborales, sí, pero también en relaciones docentes o de prestación de servicio.

Mientras el delito de acoso previsto en el artículo 172 ter pertenece al Capítulo de las Coacciones, y al Título de los Delitos contra la libertad, el delito de acoso laboral se ubica en el Título referido a los Delitos contra la Libertad e indemnidad sexuales.

El bien jurídico protegido del delito de acoso laboral es, como el del artículo 172 ter, la libertad. Sin embargo, el concepto de libertad previsto en el artículo 172 ter es más amplio que el específico del delito de acoso; y ello por entender que, mientras el delito de hostigamiento castiga los ataques contra la libertad en todas sus fases (libertad de ejecución principalmente, pero también de manera tangencial la libertad de decisión y de formación de voluntad), el delito de acoso laboral entronca directamente con la libertad sexual, tal y como indica la rúbrica del Título al que pertenece.

No obstante lo anterior, ambas figuras delictivas guardan cierta relación; en las dos se requiere una actuación continuada en el tiempo, si bien en el caso del artículo 172 ter se materializa en la actuación del sujeto activo, y para el supuesto del acoso laboral se refiere a la relación laboral, docente o de prestación de servicios mantenida entre las partes.

Ambos tipos delictivos requieren la existencia de un resultado en la actuación delictiva del autor: en el delito de *stalking* será el acoso en la víctima, y en el del acoso laboral, la humillación grave. Ahora bien, debemos puntualizar que el delito de hostigamiento precisa, para completar el tipo delictivo, que además la situación de acoso causada a la víctima lleve a ésta a modificar sustancialmente su vida cotidiana.

Hemos de estudiar las posibilidades de confluencias entre ambos delitos, y ello lo haremos, de la misma manera que en el supuesto del acoso inmobiliario, previendo que en la actuación delictiva concurren los siguientes elementos:

- a) Que exista entre las partes una relación laboral, docente o de prestación de

servicios continuada (no atendemos a la superioridad jerárquica, nos centramos en el tipo básico, a fin de analizar las posibilidades concursales que se plantean en este caso).

b) Que se desarrolle alguna de las conductas que indica el artículo 172 ter en su primer apartado (el artículo 184 no contempla modalidades de conducta del sujeto activo), y que las mismas se produzcan de manera insistente y reiterada.

c) Que a consecuencia de estas acciones, la víctima:

- Perciba la situación como *acosante* (de nuevo nos encontramos con la dificultad de definir lo que consta como un delito en sí mismo)

- Que a consecuencia de esta situación de acoso, la víctima modifique sustancialmente su vida diaria. Entendemos que, para poder asociar ambos delitos, se requerirá que la rutina modificada entre en el marco de la relación laboral (de ello dependerá la aplicación del artículo 8 o de las normas de los artículos 73 y siguientes del Código Penal).

- Que la actuación del autor provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

Si se dan las conductas antes descritas, comprobaremos que las mismas tendrían cabida en ambos preceptos del Código Penal: tanto en el artículo 172 ter como delito de hostigamiento, como en el artículo 184 como delito de acoso (laboral, docente o de prestación de servicios). ¿Cómo evitar el solapamiento entre ambos tipos delictivos?

Habrá que atender, en primer lugar, si ambas conductas pueden diferenciarse una de la otra, en cuyo caso aplicaremos el artículo 172 ter. 3 y, por derivación, el concurso de delitos del artículo 77 del Código Penal.

De cualquier manera, consideramos que en ocasiones será difícil separar el examen de ambos delitos, en el caso de que las conductas realizadas por el autor hayan causado tal situación humillante a la víctima que ésta se haya visto obligada a modificar sustancialmente su rutina diaria.

En este supuesto, entenderemos que el acoso sexual ha conllevado la modificación de la vida ordinaria de la víctima, por lo que, usando como medio el acoso

sexual, se ha logrado perfeccionar el tipo delictivo del artículo 172 ter. Por tanto, será de aplicación el apartado tercero de dicho artículo, y en consecuencia, el artículo 77 del Código Penal.

Vemos que el artículo 184, como delito contra la libertad e indemnidad sexual que es, tiene por objeto castigar los comportamientos humillantes realizados al amparo de una relación laboral, docente o de prestación de servicio.

Una observación a la solución antes descrita es la especialidad del artículo 184 frente al artículo 172 ter, al entender que el artículo 184 pretende castigar conductas producidas en el marco de una relación determinada, por lo que podríamos pensar en la aplicación de la norma especial del 184 frente a la genérica del delito de hostigamiento.

Sin embargo, entendemos que no es factible seguir con este hilo argumental, y ello sobre la base de las siguientes razones:

a) Como hemos expuesto, el artículo 172 ter recoge un tipo penal más amplio que el 184, porque exige que se “termine” la acción: requiere que la víctima modifique sustancialmente su vida ordinaria.

b) En consecuencia, si la acción penal castigara únicamente por el delito de acoso 184 por ser regla especial, quedaría sin castigo parte de las consecuencias de la comisión del artículo 172 ter, sobre la modificación de la vida ordinaria de la víctima.

c) La pena a imponer es muy superior en el caso del artículo 172 ter que en el 184, pues el primero prevé penas de prisión de hasta dos años (hablamos de los tipos básicos, en uno y otro caso).

Por otro lado, no podemos dejar de observar que la sensación de “acoso” que exige el artículo 172 ter no conlleva necesariamente una sensación de humillación grave, que sí exige el delito de acoso laboral, tratándose de dos preceptos diferenciadas: por un lado el acoso, y por otro la humillación, si bien pueden darse de forma simultánea,

como hemos analizado en el supuesto anterior.

En consecuencia con lo dicho hasta ahora, consideramos posible que las acciones del sujeto activo puedan dar lugar a la perfección de ambos tipos delictivos. En caso de que se cumplan los requisitos típicos de ambos, sobre la base de lo anterior, entendemos que sería de aplicación el artículo 172 ter.3 –no conteniendo el 184 del Código Penal una previsión semejante--, y deberíamos acudir, en consecuencia, a las reglas del artículo 77 del Código Penal, al entender que la modificación en la vida ordinaria de la víctima se ha conseguido mediante el sometimiento a la misma de un comportamiento hostil y humillante en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios. Y este comportamiento habrá sido utilizado para la comisión del hecho delictivo del *stalking*.

10.- Penalidad

El tipo básico del delito de *stalking* conlleva una pena de prisión de tres meses a dos años, o multa de seis a veinticuatro meses, previéndose así una pena alternativa, a determinar en función del caso concreto en el que nos encontremos⁶⁷⁶.

Además de las penas en el tipo básico, el artículo prevé dos supuestos agravados que conllevan una mayor carga punitiva: los casos en que la víctima sea una persona especialmente vulnerable, y los supuestos en que la misma sea alguna de las personas que numera el artículo 173.2 del Código Penal.

Hemos estudiado la penalidad al describir la naturaleza de tales agravantes, debido a la relación existente entre el fundamento de la agravación y la pena a imponer⁶⁷⁷. No obstante, debemos hacer una serie de apuntes sobre la misma.

Para el caso de que el sujeto pasivo sea persona especialmente vulnerable, el Código Penal prevé una pena de prisión de seis meses a dos años, sin posibilidad de

⁶⁷⁶ Estudia la cuestión MAGRO SERVET, V., “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género”, Diario La Ley, Diario La Ley, nº 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015, p 6-9.

⁶⁷⁷ Ver puntos 5.3.1.3 y 5.3.2.3 de este mismo capítulo.

alternancia con penas de otra naturaleza, existiendo en estos supuestos un mayor desvalor de la acción, que se produce al atentar contra persona especialmente vulnerable.

Si las víctimas son algunas de las personas que enuncia el artículo 173.2 del Código Penal, se aplica una pena mayor que en el tipo básico, y mayor también que la agravante de especial vulnerabilidad. En concreto, impone para estos supuestos la pena de prisión de uno a dos años o alternativamente, la de sesenta a ciento veinte días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Entendemos adecuada la aplicación de pena, aumentando la pena de prisión respecto del tipo básico y ofreciendo como alternativa la realización de trabajos en beneficio de la comunidad⁶⁷⁸.

Hemos de señalar también que en este supuesto, así como en el caso de especial vulnerabilidad de la víctima, el artículo 57 del Código Penal obliga a imponer al autor una pena de prohibición de acercamiento y de comunicación con la víctima o allegados, garantizando de esta manera la integridad y seguridad de la misma y de las personas cercanas a ella (de personas del 173.2CP).

El apartado segundo del artículo 172 ter no hace distinción, en cuanto a la imposición de pena, entre los distintos sujetos nombrados en el artículo 173.2, por lo que nos remitimos, en cuanto a este punto, a lo expuesto en el apartado anterior, al estudiar el delito de acoso contra las personas que recoge el artículo 173.2 del Código Penal⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ En su momento señalamos que echábamos en falta el aumento del límite inferior de previsión de pena y la previsión de aplicación de medidas asegurativas tales como órdenes de alejamiento o protección, aunque las mismas pudieran adoptarse con arreglo a las normas generales del derecho y en concreto del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Igualmente, entendimos adecuado que se hubiera previsto como agravante que el hecho o hechos se hubieran cometido en presencia de menores.

⁶⁷⁹ Ver apartado 5.4.2 de este mismo capítulo.

11.- Perseguibilidad

11.1.- Ámbito del requisito de perseguibilidad

El legislador ha impuesto un orden escalonado y excluyente para interponer la denuncia en casos del artículo 172 ter, lo que es lo mismo, para poder iniciar procedimiento penal.

Así, ha conciliado el derecho constitucional a la intimidad con el interés general de persecución de las infracciones penales, estableciendo que sólo se podrá proceder por este delito mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Y esta regla cuenta con una excepción: que la persona agraviada sea alguna de las previstas en el artículo 173.2 del Código Penal; en estos casos no será exigible denuncia, pues se actuará de oficio, como delito público⁶⁸⁰. Por tanto, en el ámbito de perseguibilidad, distinguimos dos situaciones:

1.- Regla general.- El artículo 172 ter exige la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para poder perseguir el delito de *stalking*.

2.- Regla especial.- Como excepción, no será necesaria la denuncia de la víctima en caso de que ésta sea alguna de las personas que refiere el apartado segundo del artículo 173 del Código Penal (172 ter. 2)⁶⁸¹.

La diferenciación de trato no ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina, máxime al hacer referencia al requisito de denuncia previa para proceder a la perseguibilidad del tipo ordinario, pues, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos que tienen alternativa civil, la vía penal es la única opción que posee el sujeto español para proteger sus derechos, por lo que esta vía se configura como la única posible para salvaguardar los derechos de la víctima⁶⁸².

⁶⁸⁰ Sobre este tema, ver MARCOS FRANCISCO, D., "Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal", *op. cit.*, p. 3-7.

⁶⁸¹ Sobre esto mismo, ver MARCOS FRANCISCO, D., "Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal", *La Ley Penal*, Sección Derecho Procesal Penal, septiembre-octubre 2015, Ed. La Ley, p. 4-5, calificando el tipo de *stalking* como un delito semipúblico.

⁶⁸² MENDOZA CALDERÓN, S, *El delito de stalking...*, *op. cit.*, p. 11, citando a VV.AA, *Encuentro taller sobre conclusiones extraídas de los últimos informes elaborados por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Buenas prácticas judiciales. Reformas del Código penal en materia de violencia de género*, *ul. op. cit.*, págs. 6 ss

11.2.- Críticas a la configuración del requisitos de perseguibilidad

En una primera lectura podemos pensar que la regla de perseguibilidad es sencilla: la norma general requerirá de denuncia previa de la persona ofendida o de su representante legal para proceder contra el autor de los hechos, y en determinados supuestos se actuará de oficio.

Sin embargo, si comparamos los preceptos antes mencionados con otros supuestos análogos de nuestro Código Penal, no podemos sino realizar las siguientes observaciones:

1.- Falta de previsión del requisito de perseguibilidad en delitos de la misma naturaleza que el 172 ter.

Como decíamos al comienzo del presente apartado, el artículo 172 ter no es el único que prevé entre su redacción el requisito de perseguibilidad.

En concreto, los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales contemplan una norma semejante a la dispuesta en el artículo 172 ter, requiriendo expresamente denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para proceder por estos delitos⁶⁸³.

Llama la atención que esta premisa se exija en los delitos de naturaleza sexual y en el artículo 172 ter, el cual, a pesar de llevar la rúbrica de *acoso*, se incluye entre los delitos contra la libertad, dentro del capítulo de coacciones. Ni las coacciones básicas ni ninguna de sus modalidades contemplan el requisito de perseguibilidad (a salvo las constitutivas de coacciones leves, que antes de la reforma operada por LO 1/2015 constituían falta y también requerían la previa denuncia de la persona ofendida para su perseguibilidad).

Entendemos, de esta manera, que el artículo 172 ter, a pesar de su ubicación en

⁶⁸³ Además del caso del artículo 191, el requisito de perseguibilidad se encuentra en delito tales como lesiones leves (Artículo 147.4), reproducción asistida sin consentimiento de la mujer (Artículo 161 CP), amenazas leves (Artículo 171.7), coacciones leves (Artículo 172.3), descubrimiento y revelación de secretos (Artículo 201), abandono de familia e impago de pensiones (Artículo 228), daños por imprudencia grave (Artículo 267), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (Artículo 287) o delitos societarios (Artículo 296).

el Código Penal y del bien jurídico protegido al que hace referencia, guarda semejanzas con delitos de otra naturaleza. En concreto con los postulados de los delitos a los que hace mención el artículo 191 del Código Penal a la hora de hacer alusión a la perseguibilidad.

2.- Falta de previsión de la posibilidad de querrela o denuncia del Ministerio Fiscal en caso que la víctima no quiera denunciar.

Desde antiguo, se ha considerado conveniente someter la perseguibilidad de los delitos sexuales y de carácter personal a cautelas, en atención al carácter personalísimo de los bienes jurídicos vulnerados, de modo que la víctima pudiese ostentar un cierto control al respecto, pues pudiera preferir no perseguir el delito para evitar que la propia causa penal se convierta en un segundo proceso de victimización psicológica para la persona agraviada.

No obstante, las reformas legislativas en los últimos tiempos se han orientado a recortar cada vez más la privatización del *"ius persecuendi"*. Se trata de un proceso evolutivo que culminó, en algunos casos –como en el de los delitos de naturaleza sexual a los que hace alusión el artículo 191 del Código Penal-- con la admisión en la práctica de la mera denuncia *"in voce"* por parte de la persona agraviada, o bien con la verificación de que ésta no se opone a la persecución del delito por parte del Ministerio Fiscal.

De hecho, por lo que respecta al artículo 191 (el artículo 172 ter no contempla esta opción), se da un paso más en esta dirección, al contemplar una novedosa y oportuna cláusula por la que se faculta al Ministerio Fiscal para interponer querrela, ponderando los *"legítimos intereses en presencia"*. Se trata de una expresión del principio oportunidad, en cuyo seno cabe exigir la consulta a la persona agraviada para constatar si se opone o no a la persecución del delito sexual.

La cláusula contemplada en el artículo 191 podría, a nuestro entender, haber supuesto un ejemplo a seguir para el caso del artículo 172 ter, en el que se ha sometido al requisito de la denuncia de la persona agraviada el *"ius persecuendi"*. La privatización

o semiprivatización de la persecución de los delitos es una técnica a nuestro entender ciertamente peligrosa, por cuanto puede constituir un factor criminógeno, que fomente las extorsiones sobre la víctima.

De ahí que seamos críticos con la falta de previsión del artículo 172 ter.4 para facultar al Ministerio Fiscal la posibilidad de iniciar él el procedimiento.

Debe subrayarse, además, que conceptualmente los *"intereses legítimos en presencia"* no se reducen a los solos intereses de la víctima, pues el interés público en la persecución del delito deberá estar presente la referida ponderación.

Imaginemos que el autor del delito fuese reincidente o habitual. El interés en la persecución del delito habría de primar, normalmente, sobre las pretensiones de la víctima, pues también aquí aparecen en escena los intereses de futuras eventuales víctimas del autor. En otros casos bastará sin embargo con una valoración sobre si la pretensión de la víctima de no perseguir el delito responde a motivos no mercantilistas --por ejemplo de preservación de su intimidad o su bienestar psicológico- para no presentar querrela⁶⁸⁴.

Entendemos que el legislador ha desaprovechado una oportunidad para introducir una cláusula que facultara al Ministerio Público a interponer acciones en caso de que no lo haga la propia víctima, teniendo en cuenta, además, que la premisa de denuncia por parte del Ministerio Fiscal está prevista no sólo en los delitos de naturaleza sexual, si no en el resto de delitos de naturaleza personal, si acaso con alguna variación⁶⁸⁵.

3.- Falta de previsión de la actuación de oficio en caso de que la víctima sea persona especialmente vulnerable.

El artículo 172 ter prevé la actuación de oficio en caso de que la persona agraviada sea alguna de las enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ Cf. MORALES PRATS, F. Y GARCÍA ALBERO, R., *Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. En QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Pena*", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p.377-378.

⁶⁸⁵ Por ejemplo el caso del aborto no consentido por la mujer; el artículo 161 referencia la denuncia de la ofendida, representante legal o, en caso de que sea persona desvalida, también el Ministerio Fiscal.

⁶⁸⁶ Se refiere al *"cónyuge, ex cónyuge, persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga*

Sin embargo, nada dice para el caso que las personas afectadas por el hecho delictivo sean especialmente vulnerables.

En el tratamiento de esta figura jurídica ya avanzamos que el Anteproyecto de la reforma del Código Penal no recogía la dualidad de situaciones agravadas (personas especialmente vulnerables y las recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal), sino que incluía cómo un único supuesto de agravación el caso en que la víctima fuera alguna de las personas recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal. Esto fue criticado por la doctrina, e incorporado finalmente al texto legal, hoy en vigor.

De esta manera quedaron insertadas calificaciones para supuestos de víctimas distintas a las recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal, que eran consideradas especialmente vulnerables por sus circunstancias o por el hecho de ser menores.

No obstante, la incorporación de las personas especialmente vulnerables al articulado del 172 ter no se ha traducido en una identidad de consecuencias jurídicas en ambos casos; ya hemos analizado el distinto tratamiento penológico que se da cuando la víctima sea especialmente vulnerable o se encuentre incardinada en alguno de los supuestos del artículo 173.2 del Código Penal.

La distinción entre un precepto y otro se da también en los requisitos de perseguibilidad; cuando la víctima sea alguna de las personas contempladas en el artículo 173.2 no será necesaria la presentación de denuncia para proceder contra el delito. En cambio, si la víctima es persona especialmente vulnerable, si será necesaria la presentación de denuncia; la razón a esta distinción de trato la encontramos en la ubicación de la mención a las personas especialmente vulnerables: en el apartado 1 in fine, lo que remite a la norma general del apartado cuarto., sobre base de la ubicación de este término, en concreto en el último inciso del artículo 172 ter. 1.

relación de afectividad aún sin convivencia, descendientes ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallan sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o con viviente, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, y personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

No entendemos la razón por la que no queda comprendida la víctima especialmente vulnerable en la exclusión de la necesidad de presentación de denuncia pues, como ya indicamos en el estudio de esta figura, la víctima especialmente vulnerable puede estarlo por muchas y muy diversas razones, y consideramos que puede no encontrarse en condiciones adecuadas para ejercitar una acción penal. Lo cierto es que en muchas ocasiones la persona especialmente vulnerable, al ser tratada como víctima, podría tener cabida en alguno de los supuestos previstos en el artículo 173.2 del Código Penal, y más si atendemos a las altas probabilidades de que el autor del delito de *stalking* tenga alguna relación con la víctima; en el artículo 173.2 del Código Penal se da una visión generosa de las relaciones de parentesco, no circunscribiendo la aplicación del precepto a la familia nuclear o tradicional.

11.3.- Reflexión final

Hemos tenido oportunidad de conocer que el legislador parte, en la descripción del tipo delictivo del *stalking*, de la regla general del requisito de perseguibilidad⁶⁸⁷. Y junto a esta norma común, impone con carácter especial la posibilidad de perseguir el delito sin denuncia previa atendiendo a las condiciones del sujeto pasivo⁶⁸⁸.

Esta excepción no se configura, a diferencia de otros preceptos de similar naturaleza, como una facultad, sino como una verdadera imposición persecutoria y de aplicación de pena. No se ponderará en estos casos el derecho a la intimidad de la víctima con el interés general de perseguir toda infracción y sobre todo con el interés de que no se vuelva realizar por el mismo sujeto la misma víctima.

Llama la atención, como hemos advertido en apartados anteriores, que la especial vulnerabilidad de la víctima (prevista en el apartado primero *in fine*) no sea

⁶⁸⁷ Exponía MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Novedades en los delitos de amenazas y coacciones”, *op.cit.*, p.6, que . la disposición del apartado 4^º del artículo deberá completarse con la admisión expresa del perdón, en aplicación de lo dispuesto en el número 5.º del apartado. 1 del artículo. 130 del Código Penal.

⁶⁸⁸ Sobre este tema, ver MAGRO SERVET, V., “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género”, *op.cit.*, p. 1.

causa suficiente para proceder de oficio, teniendo en cuenta que la noción de persona desvalida nace durante el siglo anterior y se aplica sobre toda persona desamparado por cualquier motivo. En la actualidad este supuesto alcanza tanto a las personas desamparadas como también a los menores de edad incapaces en proceso de tramitación de nombramiento de representante legal, siendo también pertinente incluir en este concepto los supuestos en que se aprecien discrepancias entre representado y su representante, o existan indicios de una mala gestión de este último, pues en ambos casos comportaría una situación de desamparo.

Los puntos antes descritos, que pueden situar a la víctima en una verdadera situación de necesidad, no se ven cubiertos por la actuación de oficio que sí contempla el apartado segundo del artículo 172 ter, el cual, por cierto, hace mención a personas que, si bien guardan parentesco con el autor, pueden ser adultas, plenamente conscientes y capaces de entablar ellas mismas una denuncia para proteger sus intereses.

Con todo, no queremos señalar la improcedencia del apartado segundo del artículo 172 ter, al no exigir la denuncia de las personas amparadas por este precepto. Al contrario, nuestra postura es crítica por la falta de inclusión de las personas especialmente vulnerables como causa suficiente para proceder de oficio. Entendemos que es un agravio comparativo respecto de las personas que contempla el apartado segundo del artículo 173, por cuanto este apartado nombra sujetos que, a pesar de tener relación de parentesco con el autor, necesariamente no tienen por qué encontrarse en una situación tal que hagan necesaria la participación de oficio del derecho penal para proteger sus intereses. Y sin embargo las personas especialmente vulnerables, que por la propia naturaleza de su definición necesitan de ser amparadas, no encuentran protección en los mecanismos del derecho penal, siendo necesario que ellas mismas (o su representante legal) insten un proceso penal a fin de ver salvaguardados sus intereses.

Tampoco compartimos la ausencia de previsión legal para que el Ministerio Fiscal

actúe de oficio en las situaciones en que entienda necesario actuar por salvaguardar los intereses de la víctima.

El legislador, a la hora de sustraer este delito del régimen público de persecución como regla general, podría haber adoptado una fórmula de equilibrio que pudiera contrarrestar los permisos efectos, que puede llegar a albergar la privatización del impulso del *“ius persecuendi”*. En este sentido, hubiera sido deseable que se hubiera adoptado una medida similar a la prevista para la persecución de los delitos de agresión, acoso y abuso sexual en el artículo 191 del Código Penal⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ En esta línea, algunos autores lamentan que no se haya incluido la previsión de denuncia por parte del Ministerio Fiscal en el caso de menores o víctimas con discapacidad. sobre este tema, ver CÁMARA ARROYO, S., “Las primeras condenas en España por stalking...”, op. cit., p.17, citando a : GALDEANO SANTAMARÍA, A.: “Acoso...” op. cit., p. 578 y 579; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Delito de acecho...”, op. cit., p. 601.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con anterioridad a la ley 1/2004 la protección de la mujer en este ámbito era resuelta por convenios y tratados internacionales, si bien esta manifestación de violencia era reconducida a otras formas de violencia análogas, tales como la doméstica, cuya regulación puede considerarse como el antecedente directo a la violencia de género, en concreto según lo dispuesto en la Ley 11/2003.

SEGUNDA.- La unión sentimental presente o pasada existente entre el hombre-autor y la mujer-víctima será determinante para determinar la existencia de violencia de género. Esta relación no tiene por qué darse de manera exclusiva y excluyente entre las partes, de manera que una (o ambas) parte(s) podrán tener, a su vez, vínculos sentimentales con terceras y cuartas personas.

TERCERA.- Es acertada la incorporación que concede la Ley 7/2015 al ampliar las competencias de la autoridad judicial en materia de violencia de género, extendiendo las mismas a los delitos contra la intimidad y a los de quebrantamiento de medida, pena o condena impuesta en el ámbito de violencia de género, por la relación existente entre estas figuras y este tipo de violencia. Por el contrario, la Ley no expande las competencias en materia de delitos de matrimonios forzados, trata de personas y de odio y discriminación, si bien existe una tendencia legislativa y social para acercar el conocimiento de tales delitos a los juzgados de violencia de género.

CUARTA.- Los delitos de Violencia de Género pueden presentarse en el ordenamiento jurídico penal de tres maneras distintas: 1.- Como delitos propios, individualizados y diferenciados del resto de ilícitos; 2.- Integrados en los delitos comunes, pero que llevan aparejada mayor penalidad o consecuencias accesorias en el caso de que el delito común se cometa en el ámbito de violencia de género y 3.- Como delitos comunes, aumentando la responsabilidad penal por aplicación de la agravante de género

prevista en el artículo 22.4 del Código Penal.

El delito de injurias y vejaciones leves se configura como un delito propio de violencia doméstica y de género, siendo necesario para tipificar el delito que las partes se encuentren en este contexto familiar. En caso contrario, el afectado podrá hacer valer sus derechos en otras disciplinas jurídicas, pero no en la penal, por lo que se configura como un delito propio de violencia de género y doméstica frente a los delitos comunes.

Los delitos de lesiones, maltrato, amenazas, coacciones, acoso y violencia habitual se configuran como delitos comunes que, sin embargo, contemplan un subtipo agravado para el caso de que los mismos se cometan en el ámbito de violencia de género, otorgando a la mujer víctima de violencia — y a los menores víctimas de la misma—una mayor protección de sus intereses.

Fuera de los casos expuestos anteriormente, el Código no reconoce ningún tipo más específico en materia de violencia de género, lo cual no significa que no puedan perseguirse como tal los delitos comunes, pues podrá ser de aplicación la agravante de género prevista en el artículo 22.4º del Código Penal. Dicha agravante se empleará de manera subsidiaria, siempre que: a) Se cumplan los requisitos previsto en el artículo 1 de la Ley 1/2004 y b) El delito cometido por el agresor no quede incardinado directamente en uno de los delitos que hagan referencia expresa a la violencia de género.

QUINTA.- La falta de rigor sistemático en la descripción de los delitos relacionados con la violencia de género hace difícil la tarea de configurar un marco jurídico propio en esta materia. No obstante, del estudio de la evolución legislativa se percibe una tendencia hacia la creación de un espacio único de previsión y castigo sobre la misma.

SEXTA.- El delito de *stalking* en el ordenamiento jurídico europeo es la consecuencia de la evolución legal, jurisprudencial y doctrinal de un tipo delictivo de origen norteamericano. La figura española, que se inspira claramente en el derecho alemán, penetra en el ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 1/2015.

SÉPTIMA.- La inclusión del delito de *stalking* en nuestro ordenamiento jurídico ha venido a completar el conjunto de delitos que se encargan de proteger la libertad e sus

distintas fases y manifestaciones.

Entendemos acertada las aportaciones del derecho comparado sobre los elementos comunes del tipo delictivo de *stalking*, que ha influenciado en la doctrina y derecho español, y que pueden sintetizarse así:

a) Existencia de una serie de conductas repetitivas por parte del sujeto activo; y que éstas no sean concebidas como actos reiterativos o insistentes sin más, sino que penetren en la esfera de un **patrón de conducta insidioso y disruptivo**.

b) Disparidad de comportamientos constitutivos del tipo, reconocidos en la propia descripción penal.

c) Ausencia de consentimiento del sujeto pasivo o realización de la actividad al margen de su voluntad.

OCTAVA.- El **bien jurídico** protegido en el delito de *stalking* es la libertad individual, y más concretamente la libertad de obrar, desde el momento en que el sujeto pasivo ve constreñida su capacidad de actuación a consecuencia de la conducta del autor. El proceso de formación de libertad atacado podrá, también, afectar a fases de la libertad anteriores, como es la libertad de decisión.

Junto con la libertad, podrán verse afectados, de manera subsidiaria, otros bienes jurídicos tales como la integridad moral, el honor, intimidad y el patrimonio, dependiendo de la conducta concreta que se realice por el autor.

NOVENA.- El delito de *stalking* no se compone de elementos aisladamente considerados, sino que unos y otros deben relacionarse entre sí, para, en el momento de la prueba, comprobar que todos ellos encajan y permiten la aplicación del tipo delictivo. En cuanto a la **conducta típica** del delito de *stalking*, concluimos lo siguiente:

A) La descripción del delito incurre en una tautología cuando, para referirse a la conducta típica del delito de acoso, emplea la palabra “**acoso**” en su definición, debiendo ser la jurisprudencia y el derecho comparado los que contribuyan a clarificar tal concepto.

B) El tipo exige que la conducta de acoso sea **insistente y reiterada**. Es superflua la inclusión del término *reiterada*, por innecesaria, toda vez que la palabra *insistente* contempla en su propia definición una acción de repetir o instar frecuentemente. La

inclusión de ambos adjetivos en la descripción del tipo delictivo hubiera sido más acertada si los mismos estuvieran ligados por una conjunción disyuntiva (“o”) y no por una copulativa (“y”). De esta manera podrían tener cabida conductas que no siendo reiterativas por ser distantes en el tiempo, se repiten a lo largo de éste; y esta repetición prolongada en el tiempo configura el tipo delictivo respecto de la víctima, que ve alterado gravemente su modo de vida ordinario.

Sobre el número de actos, se requerirá más de uno, pero no existe un número determinado de actos necesarios para calificar el delito como tal.

Sobre la naturaleza de los actos, no es requisito para la configuración del tipo que las conductas realizadas por el *stalker* se encuentren todas ellas ubicadas en el mismo cardinal del artículo 172 ter. Lo determinante será que, a través de la realización insistente y reiterada de alguna o algunas de las conductas, se haya producido el resultado lesivo para los intereses de la víctima.

C) El requisito de **falta de legitimación** pudiera exigirse, contrario sensu, por aplicación de la eximente del artículo 20.7 del Código Penal. Este requisito permite dejar fuera del tipo penal conductas que formalmente pueden considerarse propias del delito de *stalking* pero en las que el agente ha realizado la acción escudado en una autorización legal.

Las actuaciones realizadas por el agente encubierto o provocador, al realizar las mismas al amparo de una orden judicial previa al inicio de las actuaciones, se encuentran legitimadas por el ordenamiento jurídico.

En los supuestos de la vigilancia privada y el delito de *stalking*, será el sujeto que ha encargado el seguimiento el que deberá probar la existencia de indicios suficientes que hagan valorar a la autoridad judicial que el mismo estaba *legítimamente autorizado* para encargar la investigación a los detectives privados. En caso contrario, podríamos considerarlos autores de acoso previsto en el artículo 172 ter del Código Penal. En su caso, cabría aplicarle la teoría del error de ley, en una interpretación algo forzada del artículo 14 del Código Penal.

La Ley 1/2014 prohíbe expresamente al detective emplear, para sus investigaciones, medios que ataquen la intimidad de la persona investigada, sin que la

legitimación que ostenta el profesional pueda servir de excusa para justificar conductas que, formalmente, serían constitutivas de delito.

D) El delito de stalking requiere que la víctima “haya alterado sustancialmente su rutina de vida” a consecuencia de la actuación del *stalker*. La propia maleabilidad de la vida cotidiana, susceptible de alterarse por muchas causas, refleja la imprecisión del resultado exigible, siendo necesario un estudio pormenorizado no sólo de la conducta típica realizada por el autor, sino también un estudio sobre la prueba tendente a descubrir las razones que han llevado a la presunta víctima a alterar sustancialmente su modo de vida. La imposición de este tipo delictivo --y la consiguiente pena que lleva asociada-- deberá pasar por hacer prueba ante los Tribunales, de que la alteración en la vida de la víctima ha sido grave y ha venido condicionada por la conducta delictiva del sujeto.

DÉCIMA.- Respecto de las modalidades de conducta del delito, cabe decir:

A) *Vigilancia, persecución y búsqueda de cercanía física.*- El artículo configura las tres conductas como alternativas, cuando realmente no responden a realidades siquiera similares. Mientras que las dos primeras --vigilancia y persecución--requieren, por la propia naturaleza de la palabra, cierta repetición en el tiempo, la búsqueda de cercanía física no implica, *per se*, la necesidad de contar con este elemento repetitivo, el cual deberá darse, no por el sentido de la expresión, sino por cumplir lo expuesto en el primer apartado del artículo, cuando se refiere a que la conducta realizada sea “insistente y reiterada”.

B) *Establecimiento de contacto con la víctima.*- No será determinante, para la calificación del delito como tal, que la conexión *stalker*-víctima se haya producido, pues cabe la punición por el intento de hacerlo. La participación de terceras personas en la conducta descrita puede llevar a que los terceros sean considerados como instrumentos --si no son conocedores de las pretensiones del autor con sus actos--, como coautores --si conocen la voluntad de autor--, o como víctimas directas, si la actuación del *stalker* las afecta de tal manera que ven alterada gravemente su rutina ordinaria.

C) *Uso de datos personales.*- Esta modalidad, que castiga la conducta realizada, pero no las formas imperfectas de la comisión de delitos, merece una serie de críticas:

- La mención sobre el “*uso indebido de datos personales*” es redundante e

innecesaria, pues esta falta de consentimiento tendría cabida en la descripción general del tipo del primer apartado “*a falta de autorización legítima*”.

- No se encuentra justificada la diferenciación entre “productos” y “mercancías” en la descripción de la conducta típica.

- Esta modalidad, debido a su contenido, presenta problemas concursales con delitos de otra naturaleza, patrimoniales o personales.

D) *Atentado contra la libertad o patrimonio de la víctima o tercero*.- Este apartado conlleva una crítica negativa en el siguiente sentido:

- Existe una falta de concreción en la descripción de esta conducta típica.

- Existe una repetición innecesaria del término “libertad”, pues la descripción de la conducta típica requiere que los ataques sean “*contra la libertad*” cuando la totalidad del tipo delictivo se configura como un delito cuyo bien jurídico protegido es la propia libertad.

- Los atentados patrimoniales no tienen razón de ser en este apartado, pues podrían tener cabida bien en el punto anterior --donde sí se exponen comportamientos de esta naturaleza--, bien como delitos patrimoniales previstos en el Título XIII del Libro II, si procediera.

- La descripción del delito de *stalking* en lo que a este apartado se refiere, debería comprender, además de la referencia a la amenaza respecto de la libertad de la víctima o la de otras personas cercanas a ella, la amenaza implícita o explícita a la vida, salud o integridad corporal de las personas.

- Incluir al tercero en la descripción de conducta es arriesgarse a que el mismo aparezca como un simple instrumento de acción y no como persona que indirectamente (o directamente) pueda padecer los comportamientos del *stalker*, dejando una laguna sobre las consecuencias penales de la acción del *stalker* sobre el tercero.

E) Es acertada la decisión del legislador de no prever en la redacción final del artículo la quinta causa referida a la *analogía*, que sí contemplaba el Anteproyecto de 2012, pues una fórmula tan abierta no se hubiera adaptado bien a la naturaleza y taxatividad de nuestro derecho penal.

UNDÉCIMA.- En cuanto a los subtipos agravados, el delito de *stalking* reconoce dos agravantes distintas:

A) *Persona especialmente vulnerable*.- Es acertada la inclusión del término “vulnerable”, toda vez que el mismo, por su propia naturaleza, abarca un contenido más amplio que la dicción literal del artículo 173.2. Así, podemos integrar dentro de este apartado a sujetos que por sus características o situación concreta se encuentran en una posición de desigualdad frente al autor de los hechos, más allá de la condición autor-víctimas, por lo que el Estado impone una mayor respuesta penal frente a los actos ilícitos del autor causados contra estas personas.

La condición de vulnerabilidad no se adquiere de una manera indefinida y constante en el tiempo, pudiendo mantenerse inalterable en un periodo determinado, o variar sustancialmente, aumentando, disminuyendo o incluso llegando a desaparecer.

- La relación de la víctima con el agresor en los términos que indica el artículo 173.2 impedirá la aplicación de la vulnerabilidad del artículo 172 ter.1 in fine, por ser el apartado segundo una norma especial sobre la general.

B) *Artículo 173.2 del Código Penal*.- Entendemos adecuada la inserción del apartado segundo del artículo 172 ter del Código Penal, pues de esta manera se cumple con uno de los objetivos del convenio de Estambul, como es el de aplicar como circunstancia agravante la de que *el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad*. Sobre esta agravante debemos señalar lo siguiente:

- Mientras que la pena de multa se encuentra prevista en los supuestos de especial vulnerabilidad de la víctima, esta posibilidad no se da en los supuesto en que la parte perjudicada sea alguna de las personas que menciona el artículo 173.2. Esta medida resulta acertada, pues así se evita la posible “violencia económica” que sufren las víctimas, dependientes económicamente del agresor, las cuales ven como sus derechos sobre esta materia se encuentran mermados al tener el autor que hacer frente a responsabilidades penales esta índole, con lo que su patrimonio disminuye. Y la disminución del patrimonio del autor de los hechos puede conllevar que éste no tenga posibilidades de hacer frente a la totalidad de sus obligaciones patrimoniales con la víctima, menores o personas dependientes de él.

- El legislador podría haber aprovechado la redacción del nuevo artículo para

imponer como pena principal, y no accesoria por las generales de la ley, la prohibición del autor de acercarse y/o comunicarse con la víctima, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad del sujeto, la cual se ha visto quebrada con los intentos o logros de aproximación o comunicación del autor con la parte perjudicada.

DUODÉCIMA.- Son criticables las siguientes carencias en la configuración del delito de *stalking*:

- Siendo acertada la falta de incursión del *temor* como elemento integrante del tipo en el delito de *stalking*, --pues exigir que el comportamiento cause temor a la víctima para que la conducta típica pueda ser tenida en cuenta como tal, supone trasladar al sujeto pasivo la carga de la configuración del tipo delictivo, haciendo depender, en ocasiones, de la fortaleza de cada cual la condición de delito o de simple conducta molesta--, el temor podría ser tenido en cuenta a la hora de configurar el estado de vulnerabilidad de la víctima, si queda probado que el miedo suscitado ha provocado que la víctima quede en este estado respecto del agresor. En este caso, el temor causado contribuiría a la posibilidad de aplicación de la agravante de especial vulnerabilidad.

- El *uso de armas* como elemento de agravación del tipo no ha quedado registrado por el legislador. Y hubiera sido acertado incluirlo, toda vez que esta posibilidad ni siquiera se concibe como agravante genérica. El empleo de armas al realizar la conducta típica puede conllevar a que la víctima reciba un añadido en la sensación de acoso que está recibiendo, y que le llevan a modificar sustancialmente sus rutinas ordinarias.

- Hubiera resultado acertada la inclusión en el tipo cualificado del delito de *stalking* de los supuestos en que el delito se comete con infracción de una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código, o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, cualificando el quebrantamiento de este tipo de sanciones en el delito de quebrantamiento de condena en otros supuestos en los que fuera adecuado hacerlo.

DECIMOTERCERA.- En cuanto a la relación del *stalking* con la violencia de género, debemos señalar los siguientes puntos:

1.- El *origen* de la regulación del delito de *stalking* no se encuentra ligado

directamente con la violencia de género. Los ataques contra la mujer en este contexto se castigarán conforme lo dispuesto en el apartado 2º, como persona que pertenece a las enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal. No existe una diferencia, en cuanto al trato de la agravante, si el hecho delictivo lo comete el hombre hacia la mujer que es o ha sido su esposa o pareja, que si el delito lo realiza la mujer contra el hombre que es o ha sido su pareja o esposo.

2.- La mujer no tiene consideración, *per se*, de *persona especialmente vulnerable*, que el Estado deba proteger suplantando su voluntad; la mujer se presenta ante los órganos jurisdiccionales como una persona adulta y en pleno uso de sus facultades; y como tal ha de ser considerada por el estado de derecho: los mecanismos del Estado deberán contribuir a la protección integral de la misma, sin olvidar que la mujer tiene plena capacidad jurídica y de obrar, no debiendo confundir la protección integral que ostenta el Estado respecto de estos delitos contra la mujer, con una actitud paternalista que en ocasiones puede incluso llegar a suplantar la voluntad de la propia afectada.

3.- *El artículo 172 ter.2 no tiene en cuenta las razones de género, sino las de parentesco (artículo 173.2 y 23 del Código Penal), por lo que será de aplicación la agravante de género del artículo 22.4, sin incurrir en vulneración del principio non bis in idem.* Dicha agravante se impondría tomando como base el apartado 2º, no el tipo básico.

DECIMOCUARTA.- La heterogeneidad de conductas que presenta el tipo de *stalking* conlleva que exista problemas concursales entre esta figura y otros tipos delictivos:

1.- *Concurso con quebrantamiento.-* El legislador podría haber aprovechado para incorporar este delito al de *stalking*. Con falta de previsión expresa sobre el quebrantamiento en los casos *de stalking*, puede correrse el riesgo de que el delito de acoso quede camuflado bajo la modalidad de quebrantamiento, de tal manera que el autor de los hechos sea condenado directamente en base al artículo 468 y se encuentre liberado de ser castigado por el delito de *stalking*, aunque haya quedado formalmente perfeccionada la conducta por cumplirse todos los requisitos legales para ello.

Sería beneficioso y proporcionado establecer un tipo agravado que previera la comisión del delito de *stalking* quebrantando una orden, medida o condena. De esta

manera, se lograría vincular directamente el artículo 468 (delito contra la Administración de Justicia) con el artículo 172 ter (delito contra la libertad), lo que posibilitaría la aplicación de penas o medidas de alejamiento (previsión que el 468 por sí solo no contempla), que se sumaría a la pena u orden de protección en vigor, pudiéndose aplicar, incluso, agravación de la medida anterior a consecuencia de los hechos posteriores.

2.- *Concurso con acosos de otras naturalezas.*- Al legislador español le ha faltado visión de conjunto a la hora de diseñar una estrategia criminalizadora del acoso que resulte sistemáticamente consistente. Los delitos de acoso se encuentran ubicados en distintos parámetros legales, muy distintos entre sí. En concreto, el **acoso inmobiliario** guarda una estrecha relación con el delito de *stalking*, haciéndose prácticamente inviable tratarlos como delitos separados. En caso de conflicto entre ambos, aplicaremos la norma del artículo 8 del Código Penal, acudiendo a la regla de absorción del delito.

El concurso real tendría difícil cabida en este conflicto; el concurso ideal podría estudiarse en el caso en que se probara expresamente que el autor cometió uno de los delitos para lograr cometer el otro.

DECIMOQUINTA.- El artículo 172 ter no prevé una cláusula general de perseguibilidad, sino que distingue entre los supuestos en que la víctima es alguna de las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 173 (en cuyo caso no se hace necesaria la denuncia previa), del resto de supuestos, donde sí se hace necesaria tal denuncia.

- Es acertada la previsión de la *no necesidad de denuncia* para perseguir delitos de esta naturaleza, atendiendo al clima de intimidad en que suelen desarrollarse los delitos cometidos entre las personas que menciona el artículo 173.2 del Código Penal.

- Sin embargo, entendemos inadecuada la exigencia de denuncia previa de la víctima en casos de especial vulnerabilidad, a fin de iniciar el procedimiento. Precisamente la propia situación de fragilidad puede hacer difícil a la víctima acceder a la justicia, comprender la ilicitud del hecho, o formular denuncia por los mismos. Esta crítica se hace mayor cuando, vista la agravación en los casos del artículo 173.2, comprobamos que este artículo da cabida a personas mayores de edad, con pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas, y no se requiere denuncia para proceder contra el *stalker*.

- Es criticable la ausencia de previsión legal para que el Ministerio Fiscal actúe de oficio en casos en que entienda necesario, a fin de salvaguardar los derechos de la víctima. El legislador, a la hora de sustraer este delito del régimen público de persecución como regla general, podría haber adoptado una fórmula de equilibrio que pudiera contrarrestar los permisos efectos, que puede llegar a albergar la privatización del impulso del "*ius persecuendi*". Hubiera sido deseable que se hubiera adoptado la medida reconocida en el artículo 191 para la persecución de los delitos de agresión, acoso y abuso sexual, que faculta al Ministerio Fiscal, para interponer querrela, ponderando cada situación de manera individual. Así se facultaría al Ministerio Público para querellarse de oficio, pero valorando los intereses en juego, como expresión singular del principio de oportunidad de la persecución del delito.

* * *

Para terminar, tan sólo exponer que, tras la realización de la labor de investigación, plasmada en el presente trabajo, nos encontramos en condición de indicar que las hipótesis planteadas en la Introducción han sido confirmadas positivamente:

- Ha quedado demostrado que la violencia de género se define principalmente sobre la base del artículo 1.1 y 1.3 de la Ley 1/2004, y que su significado viene completado por la contraposición con otras figuras semejantes que contribuyen a definir los límites de este tipo de violencia.

- La falta de previsión legal específica en materia de violencia de género supone una dificultad añadida para catalogar los delitos de esta naturaleza, si bien ello no obstaculiza que se penen conductas dignas de represión penal que, independientemente de su ubicación y redacción inicial, se cometan concurriendo los presupuestos de violencia de género previstos en el artículo 1 de la Ley 1/2004. El Código Penal dispone de herramientas para relacionar el castigo por delito ordinario con la comisión del mismo en el ámbito de violencia de género.

- La regulación penal del delito de *stalking* viene a suplir lagunas del ordenamiento jurídico penal sobre esta materia, tratándose de comportamientos que hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, bien no eran constitutivos de delito, bien resultaban penados bajo el amparo de otros preceptos de naturaleza semejante al delito de *stalking*, si se daban los requisitos para ello. Las conductas heterogéneas contribuyen a cubrir una esfera amplia para la protección y reintegración de los derechos de las víctimas.

- El tipo de *stalking* guarda relación con la violencia de género a través de la inclusión del subtipo agravado en su articulado, siendo común que el delito de acoso se de en un ámbito de violencia de esta naturaleza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. AUTORES

ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer en razón de género en el Código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coordinadora), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ACALE SÁNCHEZ, M. Y GÓMEZ LÓPEZ, R.: “Acoso-stalking: Art172ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 565-567.

ABRIL STOFFELS, R. M., “La labor del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la concreción del contenido de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, en ABRIL STOFFELS, R. M., *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, pp. 23-79.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Directo), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARROYO ZAPATERO, L., “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Director.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BAUCELLS LLADOS, J. "Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento", en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Directora), *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, Ed. Ratio Legis, Salamanca 2014.

BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Ed. Planeta, Barcelona, 1998.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., "Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal", en VILLACAMPA ESTRIARTE, C. (Coordinadora), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BLANCO LOZANO, C., "Amenazas y coacciones", en POLAINO y NAVARRETE, N., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Tecnos, 2010.

BUENO DE MATA, F., "Ciberterrorismo: tratamiento procesal y penal del terrorismo del futuro, p. 313-321, en CARRIZO GONZÁLEZ CASTELL, A. *Estudios actuales en Derecho y Ciencia Política*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2013.

CARRASCO ANDRINO, M., "Coacciones y amenazas", en *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, disponible en: <http://es.escrip.com/doc/194418894/Coacciones-y-Amenazas>.

CARRILLO OLANO, G. / FERNÁNDEZ ARAUJO, I. (Coord.), *Delitos contra la libertad. Biblioteca básica. Serie Penal*, Ed. Bosch, Madrid, 2015.

DE LA CUESTA AGUADA, P. M., "El delito de matrimonio forzado" en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 371 y 372.

DE VEGA RUIZ, JOSÉ A., *Las Agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

DE MARCOS MADRUGA, F / DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de derecho penitenciario. suspensión de la pena.* , Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2016.

DELGADO ÁLVAREZ, C., “Raíces de la violencia de Género”, en en MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p.43-64.

DÍAZ-AGUADO JALÓN, M. J., *Igualdad y prevención de la violencia de género en la adolescencia*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2011.

EGE, H., *Oltre il mobbing. Straining, Stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Ed. FrancoAngeli, Milano, 2005.

ESTEVE MALLENT, L., “La violencia de género entre adolescentes”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Director), *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, p. 93-156.

FERNÁNDEZ PALMA, R., “ Acoso laboral e inmobiliario”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 201º: análisis y comentarios*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2010.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Violencia de género: menores víctimas y menores victimarios”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M / PRÉREZ RUIZ, M., “La Ley Integral de medidas contra la violencia de género”, en MARCHAL ESCALONA, A. N., *Manual de lucha contra la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p.267-296.

FINCH, E., *The Criminalisation of Stalking: Constructing the Problem and Evaluating the Solution*, Cavendish, 2001.

GALDEANO SANTAMARÍA, A., *Acoso - stalking: Art 172 ter*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA ALBERO, R., “Capítulo VIII. Del quebrantamiento de condena”, en QUINTERO OLIVARES, G (Director) y MORALES PRATS, F. (Coordinador), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª)*, Ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2011.

GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coordinador), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar en el ámbito de la violencia de género: incumplimiento de las órdenes de protección con el consentimiento de la víctima”, en ABRIL STOFFELS, R. M., / URIBE OTALORA, A. (Coordinadoras), *Mujer, Derecho y Sociedad en el S. XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 335-360.

GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Director), *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012.

GARCÍA GONZÁLEZ, J., *El reto de la convivencia escolar*, Ed. Generalitat Valenciana, Valencia, 2015.

GARCÍA GONZÁLEZ, J. / ESTEVE MALLENT, L., “La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español”, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015.

GÓMEZ RIVERO, C, *EL “Derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”*, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I. (Directora), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 27-51.

GUINARTE CABADA, G., “El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del CP)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 566.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Acoso - stalking: Art 172 ter*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

HURTADO MULLOR, M. J., “Quebrantamiento de pena y/o medida de seguridad realizada por un adolescente”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J., (Director), *La violencia de género en la adolescencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 353-385.

LOPEZ PEREGRIN, C. *Amenazas, coacciones y violencia de género*, en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Coordinadora), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch 2009, págs. 223-277.

LÓPEZ-GARCÍA TORRES, R., SANELEUTERIO, E., “Violencia física y verbal en la infancia” en “La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo Código Penal español”, en ABRIL STOFFELS, R. M., (Directora), *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, Ed. Huygens, Barcelona, 2015, pp. 415-437.

LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015.

LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed. DYKINSON, Madrid, 2015.

MALDONADO RAMOS, J. y JUANES PECES, Á. I, *Código Penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancia*, 2.a ed., El Derecho, octubre 2010, actualización de 2 de abril de 2014.

MAQUEDA ABREU, M. L., "El nuevo delito de matrimonio forzado: Art. 172 bis CP" en Álvarez García, F.J (Director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 561.

MARCHAL ESCALONA, A. N. (Director), *Manual de lucha contra la Violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

MARTÍNEZ MOLLAR, R., "Quebrantamiento de condena o medida", Artículos Doctrinales del Derecho Penal, 2009. <http://noticias.juridicas.com/>

MARTÍNEZ OTERO, J. M / BOO GORDILLO, A., "El fenómeno del *sexting* en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas", en GARCÍA GONZÁLEZ, J., (Director), *La violencia de género en la adolescencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 291-324.

MATALLÍN EVANGELIO, A., "Acoso –*stalking*: Art. 172 ter", ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 589-592

MATALLIN EVANGELIO, A., *Delito de acoso (artículo 172 ter)*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015). 2ª Edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ep. 28, p 576-577.

MAUGERI, A. M., *Lo Stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Ed. Giappichelli, 2010.

MAUGERI, A.M.: "El *stalking* como delito contra la intimidad", en DOVAL PAIS, A. (Directo.) y MOYA GUILLEM, C. (Coordinador.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad. Aspectos referidos a los delitos contra la vida y la salud, violencia de género, stalking, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje*. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 78-82.

MEDINA, JUAN P., *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MELOY, J. R. (Ed.). *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, Ed. Elsevier, London, 1998.

MENDOZA CALDERÓN, S, "El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013", en MUÑOZ CONDE, F (Director), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.103-140.

MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch 19ª edición, Valencia 2013.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch 20ª edición, Valencia 2015.

NISCO, A.: "Seguridad y Derecho penal en Italia: evoluciones de la legislación y la jurisprudencia constitucional", en ARROYO ZAPATERO (Editor), L., *Securitarismo y Derecho Penal: Por un Derecho penal humanista*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2014.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Director), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*,

Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Lección VIII. Delitos contra la libertad: coacciones, amenazas, detenciones ilegales y secuestros*, en GÓMEZ RIVERO, M. C. (Dir.), *Nociones fundamentales del Derecho penal. Parte especial. Volumen I. 2ª Ed.*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 161.

PALMA HERRERA, J.M.: *La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015.

PARDO ALBIACH, J., “Ciberacoso: *cyberbullying, grooming*, redes sociales y otros peligros”, p. 51-85, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coordinador), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PARDO ALBIACH, J., *Nuevas formas de ejercer violencia a través del medio electrónico, V*, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Director), *La Violencia de Género en la Adolescencia*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012

PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016.

PÉREZ MACHÍO, A.I.: *Mobbingy Derecho Penal*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

PUENTE ABA, L. M. *La respuesta penal a la violencia de género*, Ed. Comares, Granada, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal(2ª ed.)*, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G (Director) y MORALES PRATS, F. (Coordinador), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª)*, Ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Director): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Ed. Atalier, Barcelona, 2015.

RAMON RIBAS, E., “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, en PUENTE ABA, L. M. (Directora), *La respuesta penal a la violencia de género*, Ed. Comares, Granada, 2010.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales espaciales y complementarias*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

SALA FRANCO, T. (Director), *Comentarios a la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

SERRANO GÓMEZ, A., “Delitos contra la libertad”, en SERRANO GÓMEZ A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, 2011.

SUCKLING, A / TEMPLE, C., *Herramientas contra el acoso escolar. Un enfoque integral*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2006.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., en el preámbulo de *Código penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Atelier libros Jurídicos, Barcelona, 2015, p. 42,

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Delito de acecho/stalking: artículo 172 ter", en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 595-612.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de stalking*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015, p. 379-397.

VIVES ANTÓN, T. (Director), *Derecho Penal: Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

II. ARTÍCULOS DE REVISTA Y PUBLICACIONES

ACALE SÁNCHEZ, M., "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", REDUR 7, diciembre 2009, pp. 37-73.

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R. (Director), "La reforma del Código Penal. Parte especial I", Elderecho.com, Lefebvre El Derecho, julio 2015.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., "El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades", La Ley Penal, n.º 105, Sección Estudios, noviembre-diciembre de 2013.

ASCHWORTH, "Principles of Criminal Law, Oxford 1991, p.154.

BARRIO ANDRÉS, M., "*Hacking, cracking, grooming* y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español", *La Ley Penal*, nº 121, Sección Legislación aplicada a la práctica, julio-agosto 2016.

BAUCELLS LLADÓS, J., "La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el Proyecto de Código Penal", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 21, 2014.

BOLEA BARDÓN, C., "En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", en *RECPC*, núm. 9-02, 2007.

BORJA JIMÉNEZ, E., "*La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª*" en "*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores(BOE 11 de junio de 2015)*", 2ª Edición, Tirant on line, Sección Doctrina, julio de 2015.

BUENO DE MATA, F., "e-violencia de género: tratamiento procesal de la violencia de género a través de la Red", *La Ley Penal*, n.º 101, Ed. La Ley, marzo-abril de 2013, p. 14.

BUENO DE MATA, F., "Tratamiento procesal de los escraches a través de Internet", *La Ley Penal*, n.º 107, Ed. La Ley, marzo-abril de 2014.

CÁMARA ARROYO, S., "Las primeras condenas en España por *stalking*: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio", *La Ley Penal*, nº 121, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Ed. La Ley, del 1 de julio al 1 de agosto, 2016.

CARMONA SALGADO, C., "Tutela jurídica del acoso laboral en el ámbito de las empresas y de las Administraciones públicas. Su disfuncional regulación en el proyecto de reforma del CP de 15 de enero de 2007", *Revista Penal*, nº 21, 2008, p. 72 y 79.

CARMONA SALGADO, C. “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la l. o. 5/2010”, Diario La Ley, 24 de mayo de 2011.

CARRETERO SÁNCHEZ, A., “El delito de amenazas”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ed. La Ley.

CARUSO FONTÁN, V., “El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia”, Revista General de Derecho Penal, nº 16, noviembre, 2011.

CLIMENT DURÁN, C., “Documentación sistematizada sobre el artículo 23 del Código Penal”, en “Código Penal. Jurisprudencia sistematizada”, Tirant on line, Sección Doctrina, junio de 2011.

COBO DEL ROSAL, M., “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, Estudios penales y criminológicos, VI, 1983.

CUCHI DENIA, J. M., “La convivencia como presupuesto de los delitos de violencia de género”, Diario La Ley, 25 de noviembre de 2008.

CUERDA ARNAU, M.L.: “Delitos contra la libertad (y II)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coordinador.), *Derecho penal. Parte especial*, 4.a Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V.: “Acoso y Derecho penal”, en *Eguzkilore*, nº. 25, 2011.

DE LA MATA BARRANCO, N. / PÉREZ MACHÍO, A. I., “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 15, 2009.

DIETTE, T. M / GOLDSMITH, A. H / HAMILTON, D / W. DARITY J. R. / MCFARLAND, K., "Stalking: Does it Leave a Psychological Footprint?", en Soc. Sc. Quart. 2014, vol. 95, p. 563.

DOMÍNGUEZ MATES, R., "La presentación de comunicaciones individuales ante el Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer como medio de tutela de la violencia de género a nivel internacional", en Portuaria, 4, 2004, pp. 67-78.

DRESSING, H. /-KUEHNER, C. / GASS, P., "Lifetime prevalence and impact of stalking in a European population: epidemiological data from a middlesized German city," en Br J Psychiatry, 2005, p. 168.

FARINI, s. / PANARELLO, P *Le modifiche al codice penale*, en *Lo stalking. Il reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.) e le altre modifiche introdotte dalla legge 23 febbraio 2009, n. 11*, TOVANI, S. /TRINCI, D. (Directores), Giuridica Editrice, Roma, 2009, p. 46.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., "Cuestiones practicas de la suspensión de la pena tras la reforma de la lo 1/2015", Revista Jurídica, Sección Doctrina, julio de 2016. Extraído de <http://www.tirantonline.com>.

FIANDACA, G. / MUSCO, E., "El delito de *stalking* en el código penal italiano", Revista General del Derecho Penal, nº 13, 2010.

FUENTES SORIANO, O., "La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", Diario La Ley, Nº 6362, Sección Doctrina, 18 Nov. 2005, recuperado de www.smarteca.es/Reader/Reader/Home.

FUENTES SORIANO, O., "Violencia de género, la respuesta de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral", Revista General de Derecho Procesal, núm. 5, octubre, 2004.

GARCÍA GONZÁLEZ, J., "Delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar en

el ámbito de la violencia de género: incumplimiento de las órdenes de protección con el consentimiento de la víctima”, en ABRIL STOFFELS, R. M. / URIBE OTALORA, A., (Coordinadoras), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 335-368.

GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Oportunidad criminal, internet y redes sociales. Especial referencia a los menores de edad como usuarios más vulnerables”, InDret, núm. 4, octubre, 2015.

GONZÁLEZ RUS, J. J. “Secuelas colaterales no pretendidas de la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal”, Iustel, 2015.

GUTIÉRREZ GARCÍA, A. / DELGADO ÁLVAREZ, C., “Vulnerabilidad en mujeres prostituidas: medidas de protección legal”, Revista Oñati Socio-Legal Series, vol. 5, nº 2, 2015, pp. 570-595.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género”, Oñati Socio-Legal Serie vol. 5, núm. 2, 2015, p. 613 a 624.

JIMÉNEZ SEGADO, C., “Los delitos de género”, La Ley Penal, Sección Estudios, núm. 112, enero-febrero 2015, Ed. La Ley.

KAMIR, “Every Breath you Take. Stalking Narratives and the Law”, The University of Michigan Press, 2004

KAMPHUIS, J. H. / EMMELKAMP, P.M.G. “Stalking — a contemporary challenge for forensic and clinical psychiatry”, en American Journal of Psychiatry, march, 2000, 176 (3), pp. 206-209.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentarios a las Sstc 59/2998, 45/2009, 127/2009 y 41/2010”, en Rev. España de Derecho Constitucional, 2013, pp. 329 y ss-369.

MAGRO SERVET, V., "El delito de stalking o acoso en la violencia de género en la reforma del Código Penal", La Ley Penal, nº 114, mayo-junio de 2015. Recuperado de <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>.

MAGRO SERVET, V., "Los delitos de *sexting* (197.7) y *stalking* (172 ter) en la reforma del Código Penal", Ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado, de 16 de marzo de 2015.

MAGRO SERVET, V., "Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género", Diario La Ley, Diario La Ley, nº 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Novedades en los delitos de amenazas y coacciones según el Anteproyecto de reforma del Código Penal", Diario La Ley, nº 8080, Sección Doctrina, 10 de mayo de 2013, Año XXXIV, Ref. D-174, Ed. La Ley.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo", La Ley, Madrid, 2015.

MARCOS FRANCISCO, D., "Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal", La Ley Penal, Sección Derecho Procesal Penal, septiembre-octubre 2015, Ed. La Ley.

MELOY, J.R. / GOTHARD, S., "A demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders", en American Journal of Psychiatry, 1995, nº 152.

MAUGERI, A. M., "El *Stalking* en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación", Sección Doctrina, Revista Penal núm. 38, Ed. Tirant lo Blanch, julio de 2016.

MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., “La jurisdicción de menores ante la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, n.º 86, 2009.

MOLINA GIMENO, F. J., “La proyección doctrinal de la unidad natural de acción sobre las infracciones penales cometidas en el ámbito de la violencia de género y doméstica”, *Diario La Ley*, nº. 7354, 2010.

MORALES GARCÍA, O, “¿Un hecho penalmente relevante o u delito específico?”, *Estudios de derecho judicial*, nº 94, 2006, pp. 405-444.

MUÑOZ RUIZ, J., “Recientes adiciones jurisprudenciales en materia de personas criminalmente responsables por delitos de violencia de género”, *Diario La Ley*, Nº 7524, Sección Doctrina, 9 Dic. 2010, Año XXXI

MULLEN, P. /PATHÉ, M. /PURCELL/STUART, “*A study of stalkers*”, en *American Journal of Psychiatry*, 1999, 156.

MULLEN, JI. /PATHÉ, M/PURCELL, “*Stalkers and their victims*”, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

ORBEGOZO, I., 2015. “La Víctima de Trata Sexual y su *Des*-protección en la Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004”, *Oñati Socio-legal Series (online)*, 5 (2), pp. 625-644.

PACHECO GALLARDO, M., “Delito y falta de amenazas. Similitudes y diferencias”, *Diario La Ley*, n.º 8510, Sección Doctrina, 30 de marzo de 2015, Ed. La Ley.

PAÍNO RODRÍGUEZ, F. J., “El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas”, *Rev. Penal*, n.º 37, enero de 2016.

PATHÉ, M /MULLEN, P., “*The impact of stalkers on their victims*”, en *British Journal of Psychiatry*, 1997, 174.

PÉREZ DEL CAMPO, A.M.: "Las jóvenes frente a la violencia de género", en *Revista de Estudios de Juventud*, n.º 86, 2009.

PUJOLS PÉREZ, S., "Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de stalking: problemática suscitada", *Revista General del Derecho penal*, n.º 23, 2015.

PURCELL, P., PATHÉ, M., & MULLEN, PÁG: "The prevalence and nature of stalking in the Australian community", en *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, N.º. 36, pp. 114–120.

ROBERTS, "Women's Experience of Violence During Stalking by Former Romantic Partners. Factors predictive of stalking violence", en *Violence Against Women*, 2005, 11, p.91.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "El *Blockbusting* (una excrecencia legislativa más)", *La Ley*, 5, 2010, p. 1875-1876.

ROYAKKERS, "The Dutch approach to stalking Laws", en *California Criminal Law Review*, Volume 3, october 2000, p. 4.

RUBIO CASTRO, A., "*Haciendo real el principio de igualdad. Interpretación con perspectiva de género*" en "*Curso sobre impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órdenes jurisdiccionales*", organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 19 a 21 de octubre de 2016.

SHERIDAN, L.P, BLAAUW, E. & DAVIES, G.M.: "Stalking: Knowns and Unknowns", en *Trauma Violence & Abuse*, Vol. 4, n.º 2, 2003.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La introducción del delito de “atti persecutori” en el Código Penal italiano. La tipificación del stalking en Italia” en Indret, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico penal frente al stalking en España: presente y futuro”, *ReCrim* 2010. Recuperado de <http://www.uv.es/recrim> en recrim Valencia.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El proyectado delito de acecho: Incriminación del stalking en el derecho penal español”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, Época II, mayo 2013, p. 5-44.

VILLENA SALDAÑA, D., “Derecho al olvido en internet: Google y la doctrina europea”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, julio de 2015, pp. 259-269.

WESTRUP, D., “Applying Functional Analysis to Stalking Behavior”, en MELOY (Ed.), *The Psychology of Stalking. Clinical and Forensic Perspectives*, Academic Press, San Diego, 1998, p. 276-277.

WESTRUP/FREMOUW, “Stalking behavior: a literature review and suggested functional analytic assessment technology”, en *Aggression and Violent Behavior*, 1998, 3, p. 255.

WOODHOUSE, J. & STRICKLAND, P, “Stalking: criminal offences”, en *House of Commons Library, Briefing paper*, N.º 6261, 19 May 2016, pág 5.

III. LEYES ORGÁNICAS

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985, p. 20632 – 20678

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código penal*, BOE núm. 281. de 24 de noviembre de 1995, p. 33987 a 34058

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de *modificación del Código Penal de 1995 en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999, p. 16.099 a 16.101.

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de *modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999, p. 22251-22253

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, p. 35398 a 35404.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, **por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, p. 41.842 a 41.875

Ley Orgánica 1/2004 de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, p. 42.166 a 42.194.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010, p. 54811 a 54883.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, p. 27.061 a 27.176.

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015, p. 61.493 a 61.660.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, p. 90.192- 90.219.

IV. LEYES ORDINARIAS

Código Penal, de 8 de junio de 1822, Imprenta Nacional de Madrid, publicado el 9 de julio de 1822, extraído de <http://www.cienciaspenales.net>.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, publicada en BOE números 260 a 282, de 17 de septiembre a 10 de octubre de 1882.

Ley autorizando al Ministro de este Departamento para publicar como Ley el Código Penal reformado, con arreglo a las Bases establecidas en la Ley de 8 de Septiembre del corriente año, BOE núm. 310, de 5 de noviembre de 1932, pp. 818 – 856

Ley 30/1984, de 2 de agosto, de *medidas para la reforma de la Función Pública*, BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1984, pp. 22629 – 22650

Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, BOE núm, 211, de 3 de septiembre de 1986, pp. 30758 a 30771

Ley 10/1998, de 15 de julio, de *Uniones estables de pareja* de Cataluña, BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998, pp. 28345-28350.

Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, BOE núm., 214, de 6 de septiembre de 2000, pp. 31111-31115.

Ley 1/2001, de 6 de abril, *por la que se regulan las uniones de hecho* de la Comunidad Autónoma Valenciana, BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2001, pp. 16933-16935.

Ley 2/2003, de 7 de mayo, *reguladora de las parejas de hecho* del País Vasco, BOE núm.

284, de 25 de noviembre de 2011, pp. 125606-125614.

Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2001, pp. 8844-8846.

Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de *Parejas Estables*, de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002, pp. 1960-1962

Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables. De Asturias, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2002, pp. 23974-23975

Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, de Navarra, *para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista*, BOE núm. 199, de 2 de julio, pp. 30831-30834.

LEY 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía, BOE núm. 11, de 13 de enero de 2003, pp. 1358-1361.

LEY 5/2003, de 6 de marzo, *para la regulación de las parejas de hecho* en la Comunidad Autónoma de Canarias, BOE núm. 89, de 14 de abril de 2003, pp. 14678-14680.

Ley 5/2003, de 20 de marzo, *de parejas de hecho* de la Comunidad Autónoma de Extremadura, BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2003, pp. 17653 a 17655

Ley 16/2003, de 8 de abril, de *Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género*, de la Comunidad Autónoma de Canarias, BOE núm. 162, de 8 de julio de 2003, pp. 26.394 a 26.402

Ley 27/2003, de 31 de julio, *Reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*, BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003, pp. 29881 a 29883.

Ley 30/2003, de 13 de octubre, *Sobre medidas para incorporar la valoración del impacto*

de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2003, pp.36,770-36,771.

Ley 5/2005, de 20 de diciembre, *integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid*, BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2006, pp. 8515 a 8526.

Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, pp. 23632 a 23634.

Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia, BOE núm. 176, de 5 de febrero de 2011, pp. 31919-31930

Ley 11/2007, de 27 de julio, *gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género*, BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007, pp. 38298 – 38309

Ley 13/2007, de 26 de noviembre, *de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de Andalucía*, BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008, pp. 7773 – 7785

Ley 5/2008, de 24 de abril, del *derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista*, BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008, pp. 25174-25194

Ley 13/2010, de 9 de diciembre, *contra la violencia de género en Castilla y León*, BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2010, pp. 108875 a 108893

Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2011, pp. 44779 - 44797

Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de

género en Extremadura, BOE núm. 88, de 13 de abril de 2011, pp. 38017 a 38070

Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, BOE núm. 101, de 28 de abril, pp. 36569 a 36598

Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, de Navarra, para actuar contra la violencia hacia las mujeres, BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2015, pp. 38803 – 38831

Ley 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, BOE núm. 239, de 6 de octubre, pp. 90240 a 90288.

V. LEYES EXTRANJERAS, extraídas todas ellas de <http://www.tirantonline.com>

Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998.

Código Penal Belga, Code pénal - 8 Juin 1867 (mise à jour le 21 janvier 2010)

Codice Penale (approvato con Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398)

Código Austriaco.- Jahrgang 1975 Ausgegeben am 30. Dezember 1975 211. Stück (Tirant)

Code pénal, au 15 septembre 2003. Dernier texte modificateur : Loi 2003-495 du 12/06/03 (JO 13/06/03) (Tirant)

Criminal Code of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46

Non-fatal offences against the person act, 1997, n.º 26 (Irlanda)

Criminal Code Act 1995, Act No. 12 of 1995 (Australia)

Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador, aprobado por la Asamblea

Nacional el 28 de enero de 2014, Oficio No. SAN-2014-0138 en Quito, 03 de febrero de 2014 (En Tirant)

Código Penal de Perú, aprobado por Decreto Legislativo n.º 635, el 3 de abril de 1991, publicado el 8 de abril de 1991.

THE PENAL CODE OF CALIFORNIA, con entrada en vigor el 1 de enero de 1873

VI. DECRETOS

Real Decreto *por el que se refunde el código penal*, Imprenta nacional de Madrid, publicado el 30 de junio de 1850, extraído de <https://books.google.es/books>.

Decreto 691/1963, de 28 de marzo, *por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal*, BOE núm. 84, de 8 de abril de 1963, p. 5871 a 5907

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, *por el que se publica el Código Penal*, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973, p. 24004 – 24018

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994, p. 20658 – 20708, en adelante TR LGSS.

Real Decreto 2364/1997, de 9 de diciembre, *por el que se aprueba el reglamento de Seguridad Privada*, BOE núm. 8, de 10 de enero de 1995, p. 779 – 815

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654 – 9688, en adelante ET 1/1995

Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, *por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género*, BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2008, p. 49367 – 49373

VII. RESOLUCIONES JUDICIALES

Sentencia nº 494/1985 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 25 de Marzo, Ponente D. LATOUR BROTONS, J.

Sentencia nº 1.291/89/1985 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 24 de Abril, Ponente D. GARCÍA MIGUEL, M.

Sentencia núm. 312/87 del Tribunal Supremo (Sala Segunda): sentencia 312/87 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 2 de marzo, siendo Ponente D. RUIZ VADILLO, E

Sentencia núm. 995/89 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 30 de marzo, siendo Ponente D. BARBERO SANTOS, M

Sentencia núm. 1628/89 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 23 de mayo, siendo Ponente D. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.

Sentencia núm. 860/1993 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 15 de abril, siendo Ponente D. MARTÍN PALLÍN, J. A.

Sentencia núm. 1379/1997 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de noviembre, siendo Ponente D. MARTÍN CANIVELL, J.

Sentencia núm. 3450/2002 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de mayo, siendo Ponente D. RAMOS CANCEDO, D. A.

Sentencia núm. 887/2004 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 6 de julio,

siendo Ponente D. MONTERDE FERRER, F.

Sentencia núm. 1156/2005 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de septiembre, siendo Ponente GIMÉNEZ GARCÍA, J.

Sentencia núm. 571/2008 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 de septiembre, siendo Ponente GIMÉNEZ GARCÍA, J.

Sentencia nº 510/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 12 de Mayo de 2009, siendo ponente MARCHENA GÓMEZ, M.

Sentencia 1364/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de diciembre, ponente D. MARTÍN PALLÍN, J.A.

Sentencia 1393/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de diciembre, siendo ponente D. MONTERDE FERRER, F.

Sentencia 1397/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de diciembre, ponente D. PREGO DE OLIVER TOLIVAR, A.

Sentencia de apelación 8/10 de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3ª, de 18 de marzo de 2011, Ponente D. PONTÓN PRÁXEDES, A. G.

Sentencia núm. 14/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de enero, siendo Ponente BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. M.

Sentencia núm. 268/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de febrero, siendo Ponente SÁNCHEZ MELGAR, J. A.

Sentencia núm. 1065/2010 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de noviembre, siendo Ponente D. MARCHENA GÓMEZ, M.

Sentencia n.º 214/2011 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 3 de marzo de 2011, siendo Ponente D. PREGO DE OLIVER TOLIVAR, A.

Sentencia nº 12/2012 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 30 de enero, publicada en BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2012, páginas 17-27.

Sentencia núm. 617/2012 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de julio, siendo Ponente D. MARTÍNEZ ARRIETA, A.

Auto n.º 81/14 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, de 29 de enero de 2014, Ponente Dª. VALLDECABRES ORTIZ, I.

Sentencia n.º 815/2014 de Audiencia Provincial de Madrid (rec. 1521/14), de 4 de diciembre de 2014, ponente Dª ARCONADA VIGUERA, M. T.

Sentencia nº 18/2015 del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 16 de febrero, publicada en BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015, páginas 24-39.

Sentencia n.º 57/2016 de la Audiencia Provincial de Mérida, de 4 de febrero de 2016, siendo Ponente D. OLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M.

Sentencia n.º 59/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 6 de abril de 2016, siendo Ponente Dª. FERNÁNDEZ GALLARDO, M. D.

Sentencia núm. 110/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de marzo de 2016, siendo Ponente Dª. CHACON ALONSO, M. T.

Sentencia núm. 328/2016, del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de abril de 2016, siendo ponente D. MARTINEZ ARRIETA, A.

Sentencia n.º 445/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de mayo de 2016, siendo Ponente D.º. SORIANO SORIANO, J. R.

Auto n.º 636/16 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 7 de abril, Ponente D. MARTÍNEZ ARRIETA, A.

VIII. DIRECTIVAS

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.*

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de 5 abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DOUE L, 101/1 a 101/11.

DIRECTIVA 2013/40/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, DOUE núm. 218/8, de 14 de agosto de 2013.

XIX. DICTÁMENES

Dictamen del Consejo de Estado, sobre *Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, aprobado el 27 de junio de 2013, Ref. 358/2013

Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, sobre *Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

Informe Mundial sobre la Trata de personas, realizado por la UNODC. 2014.

Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2014.

X. CONVENIOS

Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir u Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, hecho en Palermo, el 25 de diciembre de 2000, ratificado por España el 25 de noviembre de 2003 (BOE de 11 de diciembre de 2003).

CEDH, Opuz v. Turkey, 9 de junio (9 de septiembre) 2009, no. 33401/02, § 153

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 27 de mayo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, p. 42946-42976.

XI. CONFERENCIAS Y CONVENCIONES

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, p. 7.715 a 7.720.

IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing entre el 4 y 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: *Dos aspectos de la violencia juvenil: menores maltratadores y la violencia ejercida en grupo o asociada a bandas*, ponencia impartida en el III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, hecho en Madrid, del 21 al 23 de octubre de 2009.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Tratamiento jurídico de los delitos de violencia de género a través de las nuevas tecnologías: Apuntes sobre el Proyecto de Reforma del Código Penal*, en IV Congreso anual para el estudio de violencia contra las mujeres, celebrado en Sevilla, 25 y 26 de noviembre de 2013.

PASTOR MARTÍNEZ, M. A., *El delito de stalking dentro de la violencia de género*, Comunicación presentada en el XIII Congreso sobre la violencia contra la Mujer, hecho en Alicante, el 18 y 19 de noviembre de 2015.

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Algunas consideraciones sobre los aspectos Penales del Convenio de Estambul*, Curso El Convenio de Estambul, hecho en Madrid en marzo de 2016, Formación continua del CGPJ.

XII. ACUERDOS Y CIRCULARES

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 24 de octubre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar*.

Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, sobre *Interpretación del artículo 468 del Código Penal en los casos de medidas cautelares (o penas) de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima*.

Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012, sobre *Anteproyecto de reforma del Código Penal*

XIII. PÁGINAS WEB

BRAVO PÉREZ, L., Blog Violencia Intragénero. 2016, extraído de www.violenciaintragenero.com.

www.dialnet.unirioja.es

www.poderjudicial.es

www.aranzadidigital.es

www.elderecho.com

www.laleydigital.laley.es/

www.diariolaley.laley.es

www.fiscal.es