

2.4 El nuevo delito de acoso permanente u hostigamiento (art. 172 ter CP)

Como se ha comentado, la variedad y versatilidad de las conductas irregulares que se planifican y ejecutan a través de las TIC determina que, en ocasiones, no contemos con figuras delictivas adecuadas para su persecución y sanción penal, pese a considerarlas merecedoras de dicho tratamiento. Buscando, precisamente, ofrecer una respuesta efectiva ante algunos de estos comportamientos, el legislador español incorporó en el art. 172 ter del Código Penal la figura del acoso permanente, con la que se pretende el enjuiciamiento y sanción –tal y como se expone en el propio Preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo– *de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar un 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 el sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas u otros actos continuos de hostigamiento*. Se trata, en definitiva, de poder actuar penalmente contra lo que vulgarmente se conoce con el anglicismo *stalking*, que engloba todo un haz de conductas que, consideradas aisladamente, son de escasa gravedad, pero que cuando son ejecutadas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, aunque no lleguen a integrar los requisitos de los delitos de amenazas y/o de coacciones, logran alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima por lo que implican un atentado contra su libertad y seguridad.

Aun cuando en el precepto es posible encuadrar tanto conductas que se llevan a efecto en un entorno físico como en el espacio virtual, es innegable que se está aplicando con muchísima frecuencia para enjuiciar infracciones planificadas y ejecutadas *online*, particularmente en las redes sociales y en aplicaciones de mensajería instantánea. El análisis comparativo de los datos estadísticos obtenidos en el Área de Criminalidad Informática en los sucesivos periodos anuales desde la incorporación de esta figura a nuestro ordenamiento jurídico no puede ser más revelador ya que las denuncias por hechos susceptibles de tipificarse en este precepto dieron lugar en el año 2016 a 131 incoaciones, que se elevaron a 200 en 2017, a 337 en 2018 y a 420 en el año memorial, lo que supone un incremento porcentual del 220 % en los cuatro años de vigencia. También se detecta esa misma tendencia alcista en los escritos de acusación formulados por esta misma figura que sumaron 196 en el año 2019, un 81 % más que en 2018, anualidad en la que

se presentaron 108 acusaciones. Especialmente relevante es la incidencia de estas conductas de acoso –normalmente integradas por actos físicos y virtuales– en el ámbito de actuación del Área de Violencia sobre la Mujer tal y como queda reflejado en las 1.317 causas incoadas en 2019, en las 700 acusaciones de la Fiscalía y en las 625 sentencias condenatorias generadas por estos ilícitos frente a las 352 de la anualidad anterior, lo que supone un incremento del 77,5 %.

Son muchos y muy variados los comportamientos que estamos persiguiendo y sancionando con base en esta figura delictiva: el hostigamiento a través de los diversos medios de comunicación –llamadas de teléfono, mensajes de correo, mensajes de voz, SMS, *WhatsApp*– o también a través de publicaciones reiterativas en redes sociales, cuando la acción no se materializa en amenazas o injurias concretas; la utilización de la identidad de otro en diversos supuestos y con determinadas finalidades; la vigilancia o seguimiento de la víctima a través de sus movimientos por chats, foros o redes sociales, etc. Como apunta el Fiscal Delegado de Criminalidad Informática en Toledo, estas actuaciones suelen responder a sentimientos de enfado, hostilidad, obsesión, celos o sentimiento de culpa y por ello suelen adoptar ese carácter reiterado e insistente que constituye su nota más característica.

Igual que cuando nos referíamos en términos generales a los atentados contra la libertad personal, estos ilícitos son especialmente frecuentes entre menores de edad y en el ámbito de la violencia de género con consecuencias lesivas especialmente importantes en ambos casos. No en vano el legislador ha previsto ambas circunstancias como agravantes de la pena en el propio art. 172 ter 1.º inciso último y 2.º CP. De hecho, la focalización de estos comportamientos en el marco de la violencia de género determinó que el Convenio de Estambul del CoE *sobre prevención y lucha contra la violencia contra mujer y la violencia doméstica* –ratificado por España en 2014–, en su art. 34, instara a los Estados a tipificar en sus ordenamientos jurídicos internos el acoso a otra persona mediante la reiteración de conductas de carácter amenazante.

La definición del tipo penal exige que la conducta –necesariamente una de las reseñadas expresamente en el precepto– se ejecute de forma insistente y reiterada y que, como consecuencia de ello, genere una alteración grave en la vida cotidiana de la víctima, elementos que habrán de ser valorados en cada supuesto concreto y que restringen de forma importante las posibilidades de aplicación de la figura, reservándola para situaciones en las que el acoso sea relevante y afecte de forma clara al ofendido, lo que explica también que la per-

secución de estos hechos requiera denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de este delito en el ejercicio de su función nomofiláctica en la Sentencia n.º 324/2017 de 8 de mayo, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, al resolver un recurso de casación interpuesto por *error iuris* y al amparo del art. 849.1.º LECrim. Dicha resolución adopta una interpretación estricta del precepto para *guardar fidelidad al principio de intervención mínima* en la que se destaca especialmente la necesidad de que *la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos, uso de datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana*. En sentido similar, aunque con algunos matices, se pronuncia la STS n.º 554/2017 de 12 de julio, en la que se destaca que la acción del agresor ha de tener entidad suficiente para producir *una inquietud o desasosiego relevantes penalmente* que no debe quedar extramuros del derecho penal.

La aplicación de este precepto suscita en los fiscales delegados de la Unidad de Criminalidad Informática algunas cuestiones de especial interés. En primer término y, en referencia a la tercera de las conductas previstas en su apartado primero¹⁰, llaman la atención sobre los supuestos en los que el agresor, suplantando la identidad de la víctima y a veces utilizando también su imagen, coloca un anuncio en una página de contactos sexuales en el que simula que aquella se ofrece a mantener relaciones de esa naturaleza, provocando de este modo llamadas constantes a la persona suplantada —en ocasiones altamente ofensivas o humillantes— por parte de terceros que actúan en respuesta al anuncio publicado. En estos casos el agresor no necesita realizar —y de hecho no suele realizar— una pluralidad de actos reiterados y constantes contra la víctima, sino que con una única conducta da lugar a que aquella sea molestada en una pluralidad de ocasiones por requerimientos o intentos de contacto por parte de terceros, de modo tal que llega a producirse la alteración en su vida cotidiana que exige el tipo penal. La circunstancia de que el agresor utilice los datos de la víctima solo en una o unas pocas ocasiones, sin la nota de reiteración e insistencia que exige el art. 172 ter CP, está planteando dificultades para la incardinación de esta conducta en dicho precepto, sobre las que también alertan los fiscales especialistas en Violencia de Género que, siguiendo la interpretación estricta del precepto que realiza el Tribu-

¹⁰ Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, contrate servicios o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

nal Supremo y para *guardar fidelidad al principio de intervención mínima*, entienden que la exigencia de reiteración e insistencia establecida en el tipo penal está referida, no a sus consecuencias, sino a la acción y que, por tanto, para la aplicación de la figura es preciso que el uso de datos personales además de indebido sea reiterado.

El tema fue analizado en profundidad en la últimas Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática celebradas en marzo del año 2019, en las que se llegó a la conclusión de que en estos supuestos el agresor no solamente tiene el dominio del hecho –pues de él depende el mantenimiento del anuncio simulado en la red–, sino que se le puede considerar autor mediato del mismo dado que, de forma deliberada, planifica íntegramente la actividad delictiva, provocando que terceras personas, sin ser conscientes de ello, realicen las acciones reiteradas e insistentes orientadas a humillar y hostigar a la víctima generando, en definitiva, la perturbación grave en su actividad ordinaria. En consecuencia, desde dicha Área de Especialización se está manteniendo este criterio interpretativo ante los Tribunales a la espera de una doctrina consolidada al respecto, sin perjuicio de la posible aplicación de otras figuras, como la del art. 173.1.º –cuando concurren los requisitos para ello– y, por supuesto, de la conveniencia de trasladar al legislador la oportunidad de una modificación del precepto que ofrezca soluciones más adecuadas frente a acciones como las descritas, que se cometen con preocupante frecuencia en la red.

La segunda cuestión que causa preocupación es la dificultad que a veces se plantea para acreditar que la conducta ha alterado efectivamente la vida cotidiana de la víctima. A ello se refieren expresamente, entre otros, los fiscales especialistas en Criminalidad Informática de Jaén, Ciudad Real, Navarra, Badajoz y Tarragona. La concurrencia de este requisito va a depender, en buena medida, de la propia capacidad de resiliencia de la víctima ante las presiones de que es objeto, pues no todas las personas reaccionan de igual forma ante este tipo de agresiones, pero también de lo que, en cada caso, haya de entenderse por una efectiva y grave alteración en la actividad habitual del ofendido. Así, en ocasiones, la acción del agresor puede determinar exclusivamente que la víctima cambie de teléfono o reduzca en mayor o menor medida, o incluso suprima totalmente, sus contactos en el entorno virtual lo que, aunque desde nuestro punto de vista puede suponer una limitación importante en su ámbito de relación, no tiene necesariamente que implicar afectación alguna en su actividad profesional ni en sus vínculos tradicionales de convivencia con los demás. En otros casos el efecto de la agresión afectará tan solo a aspectos parciales de la cotidianidad del ofendido y su mayor o menor incidencia en el

comportamiento habitual o en el marco de relación de la víctima, habrán de valorarse caso a caso. Igual preocupación se detecta entre los fiscales delegados de Violencia contra la Mujer que, consideran que la constatación de esa alteración constituye un elemento de valoración muy impreciso, ya que depende de la reacción y fortaleza de la víctima y del propio criterio del tribunal, con frecuencia dispar. Precisamente dicha falta de precisión fue puesta de manifiesto en la STS 554/2017 antes citada, que reflexiona acerca de la necesidad de que dicho extremo se valore de forma *muy pegada a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado* –en terminología de la propia resolución–, lo que explica las dificultades para acreditar la concurrencia de este requisito que plantean los fiscales.

En definitiva, esta exigencia implica que para que la víctima pueda obtener protección judicial haya de esperar a que el maltratador haya conseguido su objetivo, que no es otro que condicionar su vida, ser o seguir siendo el dueño de sus actos. Aunque nuestros tribunales reconocen que estamos ante un delito de resultado, es difícil encontrar una sentencia que admita las formas imperfectas de ejecución, postura defendida en las Jornadas de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer, por lo que con frecuencia el comportamiento queda impune o se condena por un delito de coacciones leves continuadas. Quizá la solución se encuentre, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en poner más el acento en el bien jurídico de la seguridad, exigiendo en la conducta una aptitud para causar temor, que en atender exclusivamente al resultado

En cualquier caso, y recogiendo la doctrina sentada en la STS n.º 554/2017, antes mencionada, para la concurrencia de este requisito es necesario que la acción del agresor dé lugar, al menos, a una situación que exceda de las meras molestias y *que cause una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar (...) ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido*.

Preocupa igualmente la gran disparidad de criterios a la hora de resolver los concursos con delitos que con frecuencia van unidos a la conducta hostigadora e intrusiva, especialmente cuando se realiza quebrantando una previa medida o pena de alejamiento o no comunicación, ya que la regla penológica contemplada en el art. 172 ter 3 CP, similar a la establecida para el maltrato habitual del art. 173.2 CP, no resuelve todos los problemas que la práctica plantea. Tras analizar las diferentes posturas, y sin perjuicio de la valoración en cada caso en concreto, a fin de evitar la impunidad de alguno de ellos, pero también la doble incriminación, se concluyó

en las Jornadas de Especialistas de Violencia contra la Mujer que, en términos generales, cuando los actos de acercamiento, llamadas, contactos, mensajes o las vigilancias reiteradas, supongan además del acoso, el quebrantamiento de una pena o medida de alejamiento y/o no comunicación, deberá entenderse que existe un concurso ideal entre el delito de quebrantamiento y el de acoso. La reciente STS 663/19 de 14 de enero de 2020 mantiene esta misma postura entre el delito de quebrantamiento y el delito de amenazas, por entender que el quebrantamiento de condena es el medio necesario para amenazar a la víctima. Si el acosador además hubiere amenazado reiteradamente a la víctima de forma leve, alterando gravemente su vida cotidiana, se calificará por un delito de acoso del art. 172 ter.1.4.º del CP y, de conformidad con la regla concursal del párrafo 3.º, uno o varios delitos –o uno continuado (74 del CP) de amenazas leves del art. 171.4 del CP. Si para ejecutar estos hechos el investigado además incumplió una prohibición de aproximación y/o de comunicación, se aplicaría el subtipo agravado del art. 171.4 y 5.2.º del CP.