



universidad
de león

Máster en Abogacía por la Universidad de León

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2018/2019

**Tratamiento penal del
STALKING -hostigamiento y acoso- como nueva forma de acoso
extremo. *SEXTING* -porno vengativo- difusión de imágenes o
grabaciones obtenidas con anuencia.**

Penal treatment for *STALKING* - harassment and harrying - as a new way of extreme harassment. *SEXTING* - revenge porn - dissemination of images or recordings obtained with consent.

Realizado por la alumna Dña. Rebeca Da Costa Loureiro.

Tutorizado por el Profesor D. Miguel Díaz y García Conlledo.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN Y ABSTRACT.....	5
OBJETO DEL TRABAJO.....	6
METODOLOGÍA.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
Capítulo I. DELITO DE STALKING.....	11
Sección 1.01 Concepto de “stalking”.....	11
Sección 1.02 Antecedentes y desencadenante.....	12
(a) ¿El delito de coacciones como delito de “stalking”?.....	13
(b) ¿Y el delito de violencia psíquica habitual?.....	15
(c) El verdadero motivo.....	17
Sección 1.03 El delito de hostigamiento o acoso en nuestro CP.....	19
(a) Análisis del tipo penal.....	20
(i) El bien jurídico protegido.....	20
(ii) Conducta típica.....	21
1) Elemento objetivo.....	21
a) Elementos comunes.....	21
i) “De forma insistente y reiterada”.....	22
ii) “Sin estar legítimamente autorizado”.....	25
iii) “Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”.....	26
b) Conductas requeridas por el tipo.....	30
i) “La vigile, la persiga o busque su cercanía física”.....	31
ii) “Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas”.....	33
iii) “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”. 36	
iv) “Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”.....	37
c) Sujetos pasivo y activo del delito.....	39
2) Elemento subjetivo.....	39
3) Penalidad.....	40
i) Subtipos agravados.....	40
ii) Problemas concursales.....	43
iii) Régimen de perseguibilidad.....	44
Capítulo II. DELITO DE SEXTING.....	46
Sección 1.01 Concepto de “sexting”.....	46
Sección 1.02 Antecedentes y desencadenantes.....	46
Sección 1.03 El delito de porno vengativo en nuestro CP.....	50
(a) Análisis del tipo penal.....	50
(i) El bien jurídico protegido.....	51
(ii) Conducta típica.....	53
1) Elemento objetivo.....	53

a) Conductas del tipo.	53
i) Difundir, revelar, o ceder a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales sin la autorización de la persona afectada.	53
ii) Obtener imágenes o grabaciones con anuencia en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.	55
b) Sujetos del delito.	58
i) Sujeto activo del delito.	58
ii) Sujeto pasivo del delito.	60
2) <i>Elemento subjetivo</i>	60
3) <i>Penalidad</i>	63
a) Subtipos agravados.	64
i) Si los hechos se hubiesen cometido por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unido a él por análoga relación de efectividad, aun sin convivencia.	65
ii) Si la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.	66
b) Problemas concursales.	67
c) Régimen de perseguibilidad.	67
CONCLUSIONES	69
BIBLIOGRAFÍA	73
ANEXO	77
Normativa	77
Jurisprudencia	77
Circulares e Informes	79

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

AP	Audiencia Provincial.
Art. /s.	Artículo/s.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
CF.	Consejo Fiscal.
CFGE.	Circular de la Fiscalía General del Estado.
Coord. /s	Coordinador/s.
CP	Código Penal.
Dir. /es.	Director/es.
DP	Derecho Penal.
Ed.	Editorial.
FGE	Fiscalía General del Estado.
ISBN	International Standard Book Number.
ISSN	International Standard Serial Number.
LO	Ley Orgánica.
N.º	Número.
RAE	Real Academia Española.
RT/s	Retweet/ts.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal.
Ss	Siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TIC´ (s)	Tecnología (s) de la información y la comunicación.
TS	Tribunal Supremo.
Vol.	Volumen.

RESUMEN Y ABSTRACT

Los delitos de “*stalking*” y “*sexting*” son introducidos por el CP de 2015. El primero, también llamado de acoso y hostigamiento, recogido en el Título VI, Capítulo III, art. 172 ter CP, se presenta como una variable del delito de coacciones al quedar fuera de este ámbito las conductas de acecho permanente o intento de comunicación de forma reiterada que, sin llegar a las coacciones, presenta entidad suficiente para producir en el sujeto una inquietud y desasosiego merecedor de reproche penal al producirse una alteración grave en la vida cotidiana de éste. Estableciéndose un tipo agravado para los casos en los que el sujeto pasivo se trate de uno de los recogidos en el art. 173 CP.

Por otro lado, el segundo de los delitos, también conocido como “porno vengativo” o “sexting” voluntario, se encuentra recogido en el Título X, Capítulo I, art. 197.7 CP, dando respuesta a supuestos en los que las imágenes o grabaciones de otra persona, producidas en un ámbito personal, se obtienen con su consentimiento, pero son divulgadas en contra de su voluntad afectando gravemente a su intimidad. Presentando un tipo agravado al darse los presupuestos del segundo párrafo del art. 197.7 CP.

Palabras clave: “*stalking*” acoso, hostigamiento, acecho, “*sexting*”, porno vengativo, anuencia, libertad, intimidad.

The "Stalking" and "Sexting" offenses are introduced within the CP reform 2015.

The first, also called harassment and harrying, referred to in Title VI, Chapter III, art. 172 ter CP, is presented as a variable of the crime of coercion since behaviours of constant spying or repeatedly intents of communication, without being duress, are left apart from this scope, but it shows enough entity to produce anxiety and restlessness in the victim and so a criminal reproach is worth because it means a serious alteration of their everyday life. It is also established an aggravated type for cases in which the victim is one of those referred to in art. 173 CP

On the other hand, the second of the offences, also referred as "revenge porn" or voluntary "Sexting" is listed in Title X, Chapter I, art. 197.7 CP, responding to assumptions in which images and recordings of another person, produced in a private sphere and obtained with their consent, are nevertheless disseminated against their will affecting their private life severely. It is presented an aggravated type when the assumptions happen in the second paragraph of art. 197.7 CP.

Key words: "stalking" harassment, harrying, spying, "sexting", revenge porn, consent, freedom, privacy.

OBJETO DEL TRABAJO.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los delitos de hostigamiento y porno vengativo recogidos en los art. 172 ter y 197. 7 CP, respectivamente.

Los objetivos específicos del mismo estudio se corresponden con los siguientes:

- ✓ Realizar un estudio jurisprudencial de ambos delitos.
- ✓ Concretar los conceptos de “*stalking*” y “*sexting*”.
- ✓ Analizar la necesaria e importante modificación de estas conductas.
- ✓ Concretar la interpretación de los elementos de ambos tipos penales.
- ✓ Analizar los tipos agravados de ambos delitos.
- ✓ Determinar el reproche penal de ambos delitos.
- ✓ Determinar los problemas concursales de ambos delitos.
- ✓ Determinar el régimen de perseguibilidad de ambos delitos.

METODOLOGÍA

Este estudio en el que se combina el análisis dogmático con las consideraciones de política criminal, se caracteriza por el uso de la metodología científica, al modo en el que exitosamente propuso hace décadas el profesor Claus Roxin y que siguen muchos penalistas españoles, entre otros, el tutor de este trabajo.

Para la realización de este trabajo se ha seguido un proceso que se inicia con la elección del tutor, Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal, el cual también lo fue del Trabajo Fin de Grado. Y la elección del correspondiente tema objeto de estudio.

Llegados a este punto, se procedió a la recopilación, análisis, estructura y organización de todas las fuentes de información necesarias para la confección del presente trabajo; monografías, libros colectivos, tesis doctorales y tesinas, artículos de revista, sitios web. La jurisprudencia de la que se ha hecho uso se corresponde con la de los Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo. Así como a dos de las modificaciones sufridas por el Código Penal español; la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO10/1995, de 23 de noviembre, del CP y la actual LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Así como circulares e informes de la Fiscalía General del Estado, del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial.

El sistema de citas sigue las pautas del propio Reglamento sobre “Trabajo Fin de Máster” con las correspondientes matizaciones y modificaciones que en vista de mi tutor eran necesarias.

El presente trabajo se estructura en dos apartados correspondientes con el delito de “*stalking*” y “*sexting*”, respectivamente. En ambos se lleva a cabo un análisis del concepto, los antecedentes y desencadenantes de su regulación y el análisis del tipo - elemento objetivo y subjetivo- y los aspectos problemáticos de interpretación y aplicación.

INTRODUCCIÓN

“Sobre las 23:30 horas del día 23-06-2017, el acusado, Leonardo, tras haber mantenido con D. María Rosa dos encuentros sexuales puntuales y negarse la misma a continuar teniéndolos, discutieron y el mismo, guiado por el propósito de lastimarle en su intimidad, tras haber grabado aquel con la anuencia de la misma, un vídeo que contenía las imágenes de una felación que le realizó aquella, mostró el contenido del mismo al compañero de trabajo de ambos, sin haber obtenido el consentimiento de aquella a tal divulgación¹”.

“Finalizada la relación entre Ángel y Luz por decisión de la segunda, éste, no aceptándola, a partir de ese momento, la seguía con el coche, alquiló el piso colindante con el que había sido su domicilio familiar, ésta se encontraba con frecuencia a su ex marido dentro de su vehículo en las inmediaciones del portal de su vivienda en actitud vigilante. Ángel salía a hacer deporte a la misma hora y por los mismos lugares que Luz, de la misma forma que comenzó a frecuentar los mismos lugares de ocio. En varias ocasiones acudía y merodeaba por las inmediaciones del despacho profesional de ésta y a través de llamadas reiteradas a los teléfonos de los hijos, les preguntaba dónde se encontraba y con quién. Debido a todos estos seguimientos y vigilancia, Luz cambió sus hábitos diarios y dejó de acudir a las reuniones con sus amigos y compañeros, de tomar café en el bar habitual y abandonó la costumbre de salir a hacer deporte, no volvió a aparcar más el coche en la calle y limitaba sus salidas, incluso a bajar la basura²”.

Estos son un ejemplo de delito, el primero de “*sexting*”, de carácter voluntario en tanto ha habido una captura de imágenes o grabación de videos con consentimiento, sin embargo, éste no media a la hora de ser divulgado o publicado ese mismo contenido. El segundo de “*stalking*”, supuestos en los que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal, o el empleo directo de la violencia para coartar la libertad de la víctima, 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, mensajes y contactos reiterados a través de las TICs u actos comportamientos continuos de hostigamiento.

¹ SAP AL 76/2018, 14-02 (ROJ 443/2018).

² SAP BU 133/2017, 27-04 (ROJ 449/2017).

La aparición y desarrollo de Internet, como medio de comunicación, facilita la interconexión de personas en cualquier parte del mundo, la difusión de cualquier tipo de datos puestos al alcance de un gran número de personas, no solo atendiendo a las posibilidades de acceso a los datos de la Red en cualquier lugar, también a la cierta permanencia temporal. Cualquier persona puede situar información en la Red, es posible crear páginas web con todo tipo de contenido o utilizar páginas ajenas, añadiendo el desarrollo de las tecnologías que permiten la captación de la imagen y el sonido. Internet no solo se ha convertido en un instrumento que permite la difusión de textos escritos por cualquier persona, sino también las imágenes previamente captadas en cámaras, de forma que luego puedan ser colgadas y difundidas.

Las TICs nos presentan una nueva realidad, también la actualidad periodística que nos alerta de sucesos de carácter ilícito y así como hay hechos de tal carácter que se cometen en un espacio físico, con la nueva realidad 2.0, cabe también hablar de un espacio virtual donde las características que presentan, lo son para convertirse en un ámbito lo suficientemente propicio para la criminalidad.

El ciberespacio se caracteriza por su deslocalización, lo que, a diferencia del mundo físico, el mundo virtual se encuentra en todos los lugares, no en un sitio concreto. Lo que permite la inexistencia de fronteras, su transnacionalidad, como establece Miró LLinares, se trata de un “microcosmos digital de interacción social³”. Ello implica su neutralidad, en tanto un usuario tiene toda la libertad para transitar por el mismo sin fronteras, sin censuras. Con un carácter universal en el sentido de global, colectivo y popular. Su popularización lo caracteriza como un espacio de intercomunicación personal, lo que tiene que ver no solo con su bajo coste, también con el anonimato del que se puede servir el usuario, que otorga una sensación de seguridad al infractor al ofrecerle un refugio aparentemente seguro en el que ocultarse, lo cual, a su vez, le permite reinventarse y adoptar nuevos personajes virtuales con los que, quizás, cometer delitos, incidiendo en la desaparición del temor a ser identificado y en la consiguiente minimización del temor a ser detenido⁴. El ciberespacio es imparable, su evolución

³ MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *RECPC*. 2011, 10-11.

⁴ FGE. *Memoria elevada al Gobierno de S. M.* 2014, 539; FGE. *Memoria elevada al Gobierno de S. M.* 2016, 600-601.

tecnológica es revolucionaria, se encuentra en una constante evolución y es a lo que está encaminado nuestro derecho, estando condicionado a un contexto social cambiante⁵.

El ciberespacio se trata de un lugar de comunicación esencialmente racional. Teniendo en cuenta que sin interacción no hay red, se agota la existencia de este espacio. Las TICs tienen una gran incidencia en el tiempo, el espacio se contrae, disminuye el tiempo para su conexión. También tiene incidencia en la publicación de contenidos, los cuales pueden quedar fijados en este espacio durante tiempo indeterminado. El ciberespacio no necesita de ámbito geográfico-especial, no se necesita recorrer distancias. Muchas de las acciones en la red pueden ser incontrolables por la dimensión espacial que presentan, pues un contenido vertido a este espacio, hace imposible saber quién puede verse afectado por el mismo⁶.

Todo lo dicho hasta ahora, hace del ciberespacio un ámbito de oportunidad criminal, pues la distancia física deja de ser una “barrera infranqueable” para muchas de las conductas delictivas, no hay barreras que dificulten el contacto entre las personas y sus bienes. Lo que hace aumentar en número no solo los sujetos activos, sino el de los objetivos con los que contactar. La peligrosidad se centra, sobre todo, en la facilidad a la hora de vulnerar un bien jurídico, pues incluso puede ocurrir habiendo una distancia de miles de kilómetros. En relación a ello cabe hablar de la limitación en función de los bienes jurídicos, pues, así como en el mundo físico, bienes jurídicos como la vida, la entidad física o la salud, se encuentran en peligro directo, no ocurre en el mundo virtual⁷.

En el presente trabajo de investigación nos centraremos en el estudio y análisis de dos delitos relativamente jóvenes, en tanto han sido creados en la última reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, directamente relacionados con la tecnología, y con la violencia de género. Son un reflejo de la adaptación del CP a las nuevas circunstancias sociales. El delito de “*stalking*” también llamado delito de acoso u hostigamiento y el delito de “*sexting*” conocido como “delito de porno vengativo”.

⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *RECPC*. 2011, 11-12.

⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *RECPC*. 2011. 5-11.

⁷ MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *RECPC*. 2011. 27-30.

Capítulo I. DELITO DE STALKING

Sección 1.01 Concepto de “stalking”.

Cuando hablamos de “stalking”⁸, nos estamos refiriendo a una voz anglosajona, procedente del verbo *to stalk*, de significado “acecho”⁹, el cual describe un cuadro psicológico conocido como síndrome del acoso apremiante¹⁰. Este fenómeno conceptualizado desde otras perspectivas jurídicas¹¹—sociología, psicología o psiquiatría—se maneja habitualmente con una serie de notas: persecución repetitiva e intrusiva; obsesión, al menos aparente; aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; oposición de ésta..., por lo tanto, nos podemos referir al “stalking” como “síndrome del acoso apremiante, que se refiere al conjunto de conductas que realiza una persona, denominada *stalker*, que persigue, acecha y acosa de forma compulsiva a su víctima, sin que las negativas de ésta cambien su obsesión¹²”.

⁸ MENDOZA CALDERÓN, Silvia. El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En: Francisco MUÑOZ CONDE (Dir.)/Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.)/Alfonso GALÁN MUÑOZ (Coord.). *Análisis de las reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 103; se trata de una conducta de persecución repetitiva, obsesiva e intrusiva respecto de una persona, el objetivo. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 214; MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 103.

⁹ “Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona”, “apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos” RAE 8/05/2018 <http://dle.rae.es/?id=0ZpEHg5>.

¹⁰ Considera PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «stalking» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 185, que el término “acosar”, no sería el adecuado debido a su significado controvertido, siendo más operativo el empleo del término “perseguir” puesto que permite hacer referencia al hostigamiento reiterado.

¹¹ STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017).

¹² BOZA MORENO, Elena. Stalking: una nueva forma de acoso. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 73.

En esta “invasión terminológica¹³” de anglicismos que se padece del Derecho Penal actual, deben distinguirse adecuadamente las distintas formas de acoso, diferenciándose las ya clásicas formas de acosos sexual, de las nuevas formas de acoso moral o “*mobbing*¹⁴”, el acoso inmobiliario o “*blockbusting*”, el acoso escolar o “*bullying*”, las formas de ciberacoso como el “*ciberbullying*” y fenómenos de acoso con finalidad sexual a través de las nuevas tecnologías como pueden ser el “*on-line child grooming*” o el “*sexting*”.

Sección 1.02 Antecedentes y desencadenante.

Habiendo sido determinados varios conceptos con el fin de delimitar su alcance, comenzaremos por precisar el delito de “*stalking*”, profundizando en la perspectiva de la violencia de género¹⁵ a medida que vamos avanzando en la materia.

¹³ MENDOZA CALDERÓN, Silvia. El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En: Francisco MUÑOZ CONDE (Dir.)/Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.)/Alfonso GALÁN MUÑOZ (Coord.). *Análisis de las reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 106.

¹⁴ Tanto la modalidad de “*mobbing*” como la de “*bullying*”, son formas de acoso, que a diferencia del “*stalking*” -como veremos- tienen como objetivo último la humillación o merma de la autoestima y dignidad de la víctima. BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 143.

¹⁵ Se ha conectado la introducción de esta figura con medidas relacionadas con la violencia de género al relacionarse la comisión de esta forma de acoso con un contexto de violencia contra la mujer. MENDOZA CALDERÓN, Silvia. El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En: Francisco MUÑOZ CONDE (Dir.)/Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.)/Alfonso GALÁN MUÑOZ (Coord.). *Análisis de las reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 125; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 207; BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 141.

(a) ¿El delito de coacciones como delito de “*stalking*”?

Antes de la reforma 1/2015¹⁶ de 30 de marzo, muchas han sido las sentencias que derivaban en la absolución del acusado¹⁷ considerando que los hechos probados - realización de llamadas telefónicas repetidas al sujeto pasivo, envío de mensajes telefónicos de texto, seguimientos o acechos en la vía pública-, propios de lo que hoy conocemos como “*stalking*”, no recogían los elementos del tipo necesarios que se requieren para poder ser tipificados como delito de coacciones. No obstante, cabe mencionar otras que reconducen esos hechos al tipo de las coacciones, aunque sea por la vía de la violencia de género¹⁸.

Es clara la SAP 328/2009¹⁹ “en pocas palabras, como también hemos señalado en otras ocasiones, una cosa es que el delito de coacciones actúe, en términos de dogmática alemana, como “tipo de arrastre” en el marco de los delitos contra la libertad, y otra bien distinta que su aplicación a supuestos cada vez más lejanos de su configuración típica y que su objeto de protección lo convierta en un mero “cajón de sastre” que acabe por arrastrar el principio de legalidad”.

Por lo tanto, ¿qué elementos son propios del delito de coacciones que no permiten aplicarlo a casos de “*stalking*”, cuando realmente entre ellos existe una homogeneidad que se desprende no solo del bien jurídico protegido, el principio de la libertad de las

¹⁶ En cuyo art. 172 ter CP se van a poder encajar muchos comportamientos que hasta ahora no recibían una respuesta penal. TEJADA, Elvira/MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, Ana M^a. Las conductas de ciberacoso en Derecho Penal. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, 183.

¹⁷ “El Tribunal no puede sino discrepar de la sentencia impugnada en cuanto el acoso telefónico y el acecho personal a que el acusado sometió a su ex esposa puedan ser subsumidos en el delito de coacciones, ni siquiera en su modalidad de coacciones leves de género, tipificadas en el art. 172. 2 del Código Penal” SAP SE 328/2009, 08-06 (ROJ 2169/2009); y en la misma línea las siguientes sentencias; SAP SE 92/2009, 10-02 (ROJ 813/2009); SAP SE 147/2009, 05-03 (ROJ 1122/2009); SAP SE 59/2009, 23-12 (ROJ 4347/2008); SAP C 634/2015, 03-12 (ROJ 3321/2015).

¹⁸ SAP CS 60/2016, 26-02 (ROJ 1097/2016); MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 105.

¹⁹ SAP SE 328/2009, 08-06 (ROJ 2169/2009).

personas, sino que ambos se encuentran sistematizados en el Capítulo VI del CP, bajo la rúbrica “de las coacciones”²⁰?

Para la configuración del delito de coacciones se requiere^{21 22}:

- 1- Una conducta violenta de contenido material (“vis física”), o intimidativa (“vis compulsiva”), ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas (“vis in rebus”), e incluso de terceras personas, cuyo modus operandi va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o a efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto, conducta que, según la intensidad de la violencia podrá ser constitutiva de delito^{23 24}.
- 2- Que exista la finalidad tendencial consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, comprendida en los verbos “impedir” y “compeler”^{25 26}.
- 3- Una intensidad de violencia necesaria para ser delito y que, de carecer de la misma o de concurrir en un grado mínimo, podría degradar el hecho a la condición de falta²⁷.

²⁰ SAP LU 122/2017, 28-06 (ROJ 404/2017).

²¹ STS 1380/2001, 11-07 (ROJ 6055/2001); STS 580/2012, 10-07 (ROJ 5106/2012).

²² La SAP OU 132/2017, 26-04 (ROJ 284/2017), entiende que el relato de hechos probados de la sentencia de instancia permitía subsumir la conducta del acusado en un delito de coacciones del art. 172.2 CP en cuanto se dice que “el acusado no obstante poder estacionar su vehículo en otro lugar lo hizo justo detrás del de la denunciante impidiéndole la salida y teniendo que pedirle varias veces ésta a aquel que lo retirase, para después adelantarla a gran velocidad, y llamarla varias veces a lo largo del día poniendo como excusa a los niños a pesar de que el acusado no tenía que reintegrarlos hasta el domingo”.

²³ STS 628/2008, 15-10 (ROJ 7265/2008).

²⁴ «Los hechos declarados probados acerca de las insistentes llamadas de teléfono del acusado a la denunciante tienen difícil encaje en el delito de coacciones leves, conforme a los requisitos o elementos que configuran dicha figura penal. Existiendo duda razonable de que la conducta enjuiciada diese lugar al resultado que requiere el tipo penal; “impedir a alguien hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a efectuar lo que no quiere”» SAP M 275/2017, 10-05 (ROJ 6052/2017).

²⁵ STS 1893/2001, 23-10 (ROJ 8187/2001).

²⁶ Existiendo duda razonable respecto a la existencia del elemento subjetivo del tipo penal, “que es el conocimiento y voluntad de producir la restricción de la libertad ajena sometiendo al sujeto pasivo a los deseos o criterios del sujeto activo”. SAP M 275/2017, 10-05 (ROJ 6052/2017).

²⁷ Cabe puntualizar que con la reforma 1/2015 han desaparecido las faltas; quedando algunas despenalizadas, otras pasan a catalogarse como delitos leves y otras han encontrado respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles. STS 982/2009, 15-10 (ROJ 6736/2009).

- 4- Que el acto sea ilícito, que no se esté legítimamente autorizado, la cual será examinado desde la normativa vigente²⁸.

Por lo tanto, conductas como la realización de llamadas telefónicas repetidas a la ex pareja, el envío reiterado de mensajes telefónicos de texto o de correo electrónico, los seguimientos o acecho en la vía pública y otros actos de similares características, conocidos internacionalmente como “*stalking*”, no pueden subsumirse en el delito de coacciones²⁹, no solo por ausencia del elemento esencial de violencia o intimidación³⁰, los cuales no pueden verse mermados, tanto hasta que pierdan su propio sentido, sino porque con ellos no se obliga en puridad al sujeto pasivo a hacer nada concreto ni se le impide propiamente hacerlo³¹, incluso aunque su tranquilidad y sentimiento subjetivo de seguridad puedan verse afectados, tanto que incluso modifique sus hábitos cotidianos³².

- (b) ¿Y el delito de violencia psíquica habitual?

Pues bien, hasta lo planteado, conductas de hostigamiento, acecho o acoso, en sí mismas eran atípicas, salvo, que, atendiendo a sus características, puedan ser tipificados como delito de violencia psíquica habitual, lo que es posible, como dice la SAP 3/2012³³,

²⁸ STS 61/2009, 20-01 (ROJ 187/2009); STS 61/2010, 28-01 (ROJ 636/2010).

²⁹ En cuanto se trataría de una “conducta evidentemente idónea para intimidar a la víctima, constitutiva de una vis compulsiva propia para restringir su libertad, lo que le impide deambular por su propio barrio libremente”. De lo que se puede observar «que en el argumento acaban por desaparecer las llamadas telefónicas (que mal pueden afectar a la libertad ambulatoria), se utiliza simultáneamente la intimidación de la víctima como medio comisivo y como resultado de la acción, se confunde intimidación con temor subjetivo de la víctima y se emplea el adverbio “libremente” como si fuese sinónimo de “tranquilamente”, pues en la tranquilidad en el ejercicio de la libertad ambulatoria, y no tal libertad en sí misma, en cuanto pura libertad de obrar, la que se ve comprometida por la conducta de acecho». SAP M 275/2017, 10-05 (ROJ 6052/2017).

³⁰ BOZA MORENO, Elena. Stalking: una nueva forma de acoso. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 79.

³¹ La víctima no está forzada a recibir llamadas o a abrir los SMS, como tampoco está impedida a utilizar libremente su teléfono o a salir a la calle. SAP SE 3/2012, 15-03 (ROJ 2959/2012).

³² SAP SE 147/2009, 05-03 (ROJ 1122/2009); SAP SE 328/2009, 08-06 (ROJ 2169/2009); SAP SE 3/2012, 15-03 (ROJ 2959/2012).

³³ Estamos ante un delito de “medios indeterminados”, no requiriéndose, por lo tanto, que la acción típica presente una modalidad comisiva, basta con que esa conducta sea idónea para causar el resultado. SAP SE 3/2012, 15-03 (ROJ 2959/2012).

debido a que se trata de un concepto elástico³⁴. Siempre, claro está, que lo permita también el principio acusatorio³⁵.

No puede prescindirse de la exigencia de que «la acción u omisión integrante de la violencia psíquica ha de constituir también, como la violencia física, un acto de agresión. Es decir, que se acometa o ataque al sujeto pasivo, una acción dotada de sentido como acto contrario al derecho de la víctima y revestida de una cierta fuerza, ímpetu o intensidad por encima de los límites socialmente tolerados, caracteres sin los cuales no puede hablarse de “violencia” sin forzar el sentido propio de las palabras³⁶».

De este modo, sigue diciendo la SAP 3/2012 “conductas carentes de una tipificación específica –caso en el que nos encontrábamos hasta la reforma 1/2015- solo pueden dar lugar por su reiteración a un delito de violencia psíquica habitual si por sus caracteres intrínsecos o por sus circunstancias concomitantes puede calificarse como un verdadero ataque al desequilibrio psíquico y emocional del sujeto pasivo, más allá de un simple sentimiento de incomodidad, molestia, desazón, bochorno o hartazgo” es decir, un auténtico “menoscabo psíquico”^{37 38}.

³⁴ “Toda acción u omisión, que no implique una agresión corporal, realizada dolosamente por el sujeto activo e idónea ex ante, en una valoración objetiva que tenga en cuenta los conocimientos especiales del autor, para causar a uno de los sujetos pasivos enumerados en el tipo un perjuicio relevante de su bienestar y equilibrio emocional, sea en forma de sufrimiento moral, de pérdida de la autoestima y de la confianza en sí mismo, de trastorno mental de cualquier tipo o de menoscabo de su dignidad personal, aunque no llegue a producirse efectivamente un detrimento objetivable de la salud psíquica de la víctima”. SAP CS 60/2016, 26-02 (ROJ 1097/2016).

³⁵ SAP SE 328/2009, 08-06 (ROJ 2169/2009); SAP M 166/2017, 23-03 (ROJ 3911/2017); SAP M 275/2017, 10-05 (ROJ 6052/2017).

³⁶ SAP SE 3/2012, 15-03 (ROJ 2959/2012).

³⁷ Es decir, que vea perjudicado su bienestar, que haya un desequilibrio emocional. Ya sea un sufrimiento moral, conmoción anímica, pérdida de la autoestima, en la confianza en uno mismo, trastorno mental que afecte a su dignidad personal, “aunque no llegue a producirse un detrimento objetivable de la salud psíquica de la víctima encuadrable en alguna de las nosologías psíquicas consagradas internacionalmente, pues la consumación del delito no requiere un resultado material de lesión”. SAP SE 3/2012, 15-03 (ROJ 2959/2012).

³⁸ La SAP SE 188/2005, 19-04 (ROJ 4506/2005) recoge una serie de modalidades de agresión, que pueden subsumirse en el ámbito de la violencia psíquica, debido al amplio concepto; insultos, amenazas y vejaciones, conductas de desvalorización de la víctima, de inducción de un estado de temor (control de amistades, privación de dinero, limitación de salidas de casa), restricción de la autonomía personal o violencia ambiental. En relación con la SAP CS 60/2016, 26-02 (ROJ 1097/2016).

(c) El verdadero motivo.

De lo comentado anteriormente, nos podemos hacer una idea de la necesidad de castigar este tipo de conductas³⁹, no obstante, es la Exposición de motivos de la LO 1/2015⁴⁰ se expresa la justificación de tal nuevo delito, “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 podría ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”.

³⁹ Pese a no resultar individualmente punibles cada uno de los actos en que el acoso consiste, sin embargo, por su reiteración y carga de hostilidad, incluso en ausencia de una amenaza manifiesta de causar daño a la víctima, se presentan como particularmente inquietantes y constituyen una agresión psicológica, que produce un nivel de temor y ansiedad, que puede acabar traduciéndose hasta en resultado lesivo para la salud. CGPJ. *Informe al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. 2012. 169; antes de la reforma 1/2015, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro. *ReCrim*. 2010. 52, se pronuncia sobre la necesidad de crear este delito con el fin de incriminar las conductas que procederemos a analizar, “ninguno de los tipos contemplados en el CP español tal como se hallan actualmente redactados, puede cumplir con el cometido de incriminar el *stalking*.”

⁴⁰ Exposición de Motivos XXIX LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

La STS 324/2017⁴¹ establece que este nuevo delito de “*stalking*”, se trata de una variante del delito de coacciones^{42 43} al quedar fuera del ámbito de las mismas “conductas de acecho permanentes o intento de comunicación reiterada⁴⁴ que, sin llegar a las coacciones, si tienen la entidad suficiente como para producir una inquietud y desasosiego relevante penalmente y que por ello no debe quedar extramuros de la respuesta penal”.

No debemos olvidar que la introducción de tal delito en nuestro Código Penal, viene, además, a ser una consecuencia del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, obligando a los Estados parte –entre ellos España- a incriminar delitos de “*stalking*”/acoso⁴⁵.

⁴¹ Primera sentencia en estudiar este delito, “con la introducción del art. 172 ter CP nuestro ordenamiento penal se incorpora al creciente listado de países que cuentan con un delito con esa morfología. La primera ley *antiestalking* se aprobó en California en 1990. La iniciativa se fue extendiendo por los demás Estados Confederados hasta 1996, año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. Canadá, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda, siguieron esa estela a la que se fueron sumando países de tradición jurídica continental: Alemania (*Nachstellung*), Austria (*behrrliche verfolgung*), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (*atti persecutori*)”. TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 45; STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017); STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017).

⁴² «De estar clara y debidamente cubierta la respuesta penal por esta figura, sería innecesaria la tipificación específica del acoso o “*stalking*” introducida por la LO 1/2015 en el art. 172 ter, en la que precisamente se sanciona esa suma de conductas aparentemente menores o simplemente molestas, pero que en realidad conforman un todo que perturba la seguridad de quien las padece». SAP C 634/2015, 03-12 (ROJ 3321/2015).

⁴³ La doctrina está de acuerdo en que el art. 172 ter CP no contiene una modalidad del delito de coacciones, sino que, más bien estaríamos ante un híbrido entre las amenazas y las coacciones. TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 135.

⁴⁴ Realmente si examinamos fuera del contexto el desvalor de actos como llamadas no consentidas o presencia del sujeto de forma inesperada, es insuficiente para “activar la reacción penal”. Realmente lo que nutre el desvalor del resultado es la “persistencia insistente de esas intrusiones”, que incluso acaban rebasando el límite de lo simplemente molesto y reclamando del legislador la respuesta penal oportuna. SAP LU 122/2017, 28-06 (ROJ 401/2017).

⁴⁵ Así lo establece su art. 34. Instrumento de ratificación del 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.

Sección 1.03 El delito de hostigamiento o acoso en nuestro CP.

El artículo 172 ter CP 1/2015 de 30 de marzo regula las conductas del hostigamiento o acoso (“*stalking*”), al comprobarse, como ya hemos comentado, que dichas conductas eran atípicas hasta la misma⁴⁶.

El nuevo precepto establece⁴⁷:

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:
 - 1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
 - 2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
 - 3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productor o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
 - 4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próximo 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.

⁴⁶ Pronunciándose varias sentencias sobre la importancia y necesidad de su regulación. Entre ellas la SAP BU 170/2017, 26-05 (ROJ 559/2017); SAP BU 218/2017. 03-07 (ROJ 679/2017).

⁴⁷ Art. 172 ter CP de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

- (a) Análisis del tipo penal.
 (i) *El bien jurídico protegido.*

Con la introducción del art.172 ter CP, como ya hemos venido advirtiendo, nuestro ordenamiento penal se incorpora al creciente listado de países que cuentan con un delito con esa morfología. En unos casos se pone el acento en el bien jurídico seguridad^{48 49}, exigiéndose que la conducta requiera una aptitud para causar temor; en otros, como el nuestro, se enfatiza la afectación de la libertad que queda maltratada por esa obsesividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento⁵⁰.

La STS 554/2017⁵¹ entiende que en la medida que supone un ataque al bien jurídico de la libertad individual⁵² y el derecho a vivir tranquilo y sin zozobra, “se está ante un caso de merecimiento de la pena y de necesidad de la pena, en definitiva, de otorgar relevancia penal a las conductas típicas”.

La Exposición de Motivos establece claramente que “se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de

⁴⁸ Siendo criticado por MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 113, pues el Legislador, en el Preámbulo de la reforma -como veremos- asocia a la libertad la abstracta figura del sentimiento de seguridad. Sentimiento subjetivo e incalculable, pues depende de la esfera interna de cada sujeto determinar qué actos pueden vulnerar su sosiego y tranquilidad, así como a sus características y circunstancias personales.

⁴⁹ BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 144, lo considera como un segundo bien jurídico, matizando la exigencia de que, la propia conducta en cuestión, limite efectivamente la libertad de obrar del sujeto pasivo, pues el simple temor no integraría esta modalidad delictiva.

⁵⁰ STS 324/2017, 08-05 /ROJ 1647/2017).

⁵¹ STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017).

⁵² Libertad de obrar entendida ésta como la capacidad de decidir libremente. Es evidente que las conductas de “*stalking*” afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima, en tanto que la sensación de temor e intranquilidad, o angustia, que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo. SAP M 439/2017, 30-06 (ROJ 9653/2017); SAP M 491/2017, 25-07 (ROJ 10764/2017).

seguridad de la víctima⁵³”, si bien se exige que esas conductas limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya que el simple temor no es lo que construye esta modalidad delictiva.

Cabe añadir que, atendiendo a los actos de acoso, también pueden verse afectados otros bienes jurídicos⁵⁴; el honor, integridad moral, la intimidad o como establece Sánchez Vilanova⁵⁵, si tenemos en cuenta las conductas que pueden ser subsumidas en esta modalidad, si tenemos en cuenta el medio empleado, podrían ser constitutivos por sí mismos de otros delitos; descubrimiento y revelación de secretos, amenazas, delitos contra el honor. No cabe duda que estamos ante un delito pluriofensivo, lo que de base dificulta establecer en qué momento se vulnera un determinado bien jurídico, encontrándonos realmente ante una conducta antijurídica punible y un mero acto inocuo, de lo que entiende Cámara Arroyo⁵⁶, que el precepto presenta una defectuosa técnica jurídica y falta de precisión en detrimento de la seguridad jurídica predicada por el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad.

(ii) *Conducta típica.*

1) *Elemento objetivo.*

a) Elementos comunes.

Antes de proceder a analizar los apartados del 1º al 4º del art. 172 ter 1 CP, resulta conveniente aclarar los requisitos o elementos comunes⁵⁷ a ellos.

⁵³ “Las conductas descritas en los hechos probados revelan por parte del acusado una actuación de hostigamiento continuada en el tiempo que ha producido a la víctima un menoscabo de su libertad y de su sentimiento de seguridad, concretamente con sus llamadas telefónicas y mensajes insistentes y reiterados y con su presencia en el lugar de trabajo, no tratándose dicha actuación de una mera molestia, sino que llegó a menoscabar la libertad de obrar y capacidad de decidir de la denunciante, lo que condicionó su vida por la voluntad unilateral de mantener una relación no deseada, rechazada de forma tajante a pesar de lo cual continuó con su insistencia”. SAP NA 74/2018, 26-03 (ROJ 61/2018).

⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro. *ReCrim.* 2010. 41; SAP TE 23/2017, 21-06 (ROJ 101/2017).

⁵⁵ SÁNCHEZ VILANOVA, María. El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor. *RGDP.* 29, 2018, 11-12.

⁵⁶ CÁMARA ARROYO, Sergio. La primera condena en España por acecho o stalking. *Firma invitada (DIALNET).* 40.

⁵⁷ STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017).

i) “De forma insistente y reiterada”.

Los términos de insistencia y reiteración⁵⁸, son tangenciales en su significación, aunque tienen también un campo diferenciado⁵⁹. Puede afirmarse que, a lo que equivale de “forma insistente y reiterada^{60,61 62}, es a decir que, se está ante una *reiteración de acciones* de la misma naturaleza –*un continuum*– que se repite en el tiempo, en un periodo no concretado en el tipo penal⁶³. Se requiere que de los hechos se desprenda una vocación de persistencia o una intencionalidad, latente o explícita, de sistematizar o enraizar una

⁵⁸ STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017).

⁵⁹ “*Insistir*” se dice en la RAE que es “instar reiteradamente”; “persistir o mantenerse firme en algo”; “repetir o hacer hincapié en algo”. RAE 09/05/2018 <http://dle.rae.es/?id=LHNGby>; *reiteración*, “volver a decir o hacer algo”. RAE 09/05/2018 <http://dle.rae.es/?id=VnNxeTF>

⁶⁰ Es innecesario el término “reiterado” en tanto la palabra “insistente” contempla en su propia definición una acción de repetir o instar repetidamente, haciendo referencia, por tanto, a más de una conducta, por lo que quedaría recogida la reiteración en su propia definición. ESTEVE MALLENT, Lara. *Violencia de género en el Código Penal español*. Tesis Doctoral. *Universidad CEU Cardenal Herrera*. Valencia, 2016. 357; más que el empleo de estos dos términos, hubiese resultado adecuado el empleo de adjetivos como “tenaz”, pues el empleo del término “reiterado” para referirse al acoso plantea el problema de que su requerimiento intrínseco puede entenderse colmado con la realización de la conducta intrusiva en tan solo dos ocasiones. En todo caso, la conducta desplegada debe ser superior a una sola ocasión. SAP BU 170/2017, 26-05 (ROJ 559/2017); en esta misma línea se pronuncia PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 187, considerando que los términos “persistente” o “tenaz” son más acertados, ya que permiten constatar la naturaleza constante del fenómeno, no delimitando la duración ni la frecuencia de la conducta.

⁶¹ Lo que se puede derivar de tal redacción es dejar fuera del tipo conductas *stalking* en que, pese a reiterarse comportamientos persecutorios, no se produzca la circunstancia de que la persistencia pueda predicarse de la misma conducta de las ejemplificadas. De ahí que la persistencia o la insistencia debería predicarse de la conducta de perseguir, no de cada una de las que ejemplificativamente se incluyen en el tipo como posibles conductas persecutorias o acosadoras. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de *stalking*. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 230.

⁶² Mediante esta expresión, como establece la SAP M 491/2017, 25-07 (ROJ 10764/2017), lo que realmente se está exigiendo es que las conductas típicas se produzcan ante un patrón de conductas, descartando, en consecuencia, los actos aislados.

⁶³ STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017).

conducta intrusiva sistemática (persecución, reiteración de llamadas...), capaz de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o formas de vida de la víctima^{64 65}.

En relación a lo establecido con anterioridad, el tipo penal no establece el número de actos intrusivos que pueden dar lugar al mismo⁶⁶, no obstante, según establece la STS 554/2017⁶⁷ podemos afirmar que este *continuum* de acciones debe proyectarse en un doble aspecto; repetitivo en el momento en que se inicia y repetitivo en el tiempo, al repetirse en diversas secuencias en tiempo distinto⁶⁸.

⁶⁴ STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017).

⁶⁵ Se está ante una conducta persistente y reiterada, pues está proyectada a lo largo de un periodo de tiempo comprendido entre mediados de julio y el 1 de septiembre de 2015, durante el cual el acusado insistió a la denunciante en verla, acudiendo a su lugar de trabajo y otros lugares frecuentados por ella, imponiéndole su presencia en su rutina diaria, realizándole un seguimiento que se materializó, entre otros, en el encuentro en la rotonda de la Paloma cuando Eulalia se encontraba con Cristóbal, e incluso hostigamiento a su entorno, como evidencia la llamada a su lugar de trabajo haciéndose pasar por la Guardia Civil y afirmando que Cristóbal, cuya compañía Eulalia había comenzado a frecuentar, se encontraba en busca y captura, obteniendo de este modo su número de teléfono. SAP V 251/2018, 07-05 (ROJ 1048/2018).

⁶⁶ Estoy de acuerdo con VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 229, en que constituye un acierto el no haber establecido un número determinado de ocasiones en que las conductas de hostigamiento deben de producirse, considerándose más determinante la intensidad y contextualidad en que las conductas se producen que el elevado número de ocasiones en que puedan repetirse; MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 114-115.

⁶⁷ En lo que concierne al caso concreto del que se conoce en la STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017), se está ante una conducta insistente y reiterada, es decir, hay una serie de actos –*continuum*– repetitivos que se prolongan en el tiempo. Hay una primera secuencia de llamadas, el 22 de marzo, a continuación, hay tres secuencias temporales en el mismo día 23 de marzo de notoria intensidad: cuando estaba Graciela en el Pub Explorers donde acudió el recurrente, llamándola insistentemente por teléfono y enviándole fotos de ella con sus amigos, que él obtuvo con su teléfono. Sobre las 3:30h, cuando la localizó en casa de unos amigos, cerca del pub citado, llamándola por teléfono y gritándole que saliera. Sobre las 3:15 hasta las 4:53h efectuó 40 llamadas de teléfono.

⁶⁸ Se exige implícitamente una prolongación en el tiempo; o al menos, que quede patente, que sea apreciable esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso, no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima. STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017); “se trata de un intercambio de mensajes, que pese al número elevado en abstracto de estos se han producido en realidad durante nueve meses -lo que cuestiona la insistencia y

Hay autores que entienden que no cabe duda de que un único acto, por muy lesivo de la integridad moral que sea, no puede subsumirse en el tipo porque no cumplirá con el requisito de insistencia⁶⁹. No obstante, atendiendo al Informe del Consejo Fiscal⁷⁰, esta insistencia y reiteración, no siempre existirá, imaginemos atendiendo al art. 172 ter 1. 3º CP, en este apartado podrían encuadrarse supuestos en los que se colocan anuncios en un medio de comunicación o en Internet que someten a la víctima a continuas llamadas y, sin embargo, el autor del anuncio ha realizado una única conducta que perdura en el tiempo⁷¹.

La reiteración de la que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas⁷² de acoso⁷³. Esta puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones

reiteración si se distribuyen en tan largo periodo- y, sobre todo, niega que se haya producido afectación alguna en la cotidianidad de la apelante”. SAP SE 8/2018, 11-01 (ROJ 182/2018).

⁶⁹ Una interpretación en abstracto de los términos, conduce a afirmar que será suficiente con que la conducta se repita por dos veces, siempre que se lesione el bien jurídico protegido. Aunque, realmente, ligando la insistencia y reiteración a la descripción del acoso, parece que dos actos no pueden ser suficientes para satisfacer la idea de “persecución sin tregua ni reposo” que se le asocia como definición. La doctrina aboga por exigir más de dos actos para que se pueda cumplir el tipo, si bien como hemos visto, no se trata de una exigencia legal. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Delitos de acoso (artículo 172 ter). En: José L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/Ángela MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/Elena GÓRRIZ ROYO (Coord.) *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 582; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 147; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 147.

⁷⁰ CF. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*. 2012. 144-145.

⁷¹ En este caso, establece BOZA MORENO, Elena. Stalking: una nueva forma de acoso. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 80, que en si no es la conducta la merecedora del castigo penal, sino esa reiteración y persistencia del acosador en el acecho de la víctima.

⁷² Realmente si atendemos de forma estricta a los términos “reiterar” e “insistir”, la conducta requerida para que se dé el tipo en este caso será siempre la misma.

⁷³ Lo relevante en el acoso es que exista una estrategia sistemática de persecución que implique un vínculo o nexo entre las distintas conductas que el sujeto activo lleva a cabo para lograr su objetivo. De esta forma, lo verdaderamente importante será identificar una unidad de acción, más que la conducta concreta o el número determinado de repeticiones de ésta. TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 148.

descritas en los cuatro apartados del precepto, como más adelante veremos. Algunas podrían por si solas invadir la esfera penal. La mayoría no⁷⁴. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración⁷⁵ de unas u otras conductas que a estos efectos serán valorables, aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudieran haber prescrito (sí son actos por si solos constitutivos de infracción penal)⁷⁶.

ii) “Sin estar legítimamente autorizado”.

El tipo requiere un elemento negativo en tanto se requiere que el sujeto no esté legitimado para desarrollar dichas conductas, quedando fuera de la tipificación penal⁷⁷ conductas que podrían resultar justificadas con base en la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo o cumplimiento de un deber⁷⁸, por ejemplo, en el marco de una investigación criminal o, cuando proceda, las realizadas con objeto de hacer efectivo el derecho a la libertad de información. Aunque esto es criticado por varios autores⁷⁹ e incluso el Consejo Fiscal en uno de sus informes⁸⁰ entiende que tal expresión debe ser

⁷⁴ Estos comportamientos castigados por el CP, son en muchas ocasiones conductas carentes de entidad, que entran en confrontación con el principio de intervención mínima. MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 109.

⁷⁵ Requiriendo una proximidad cronológica que determine la grave alteración de la vida cotidiana, pues cualquier tipo de acoso requiere una conexión temporal de las acciones perturbadoras que lo integran. MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 16.

⁷⁶ No es sensato ni pertinente establecer un número mínimo de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal, pero si podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito del art. 172 ter, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal –no hay visos nítidos de continuidad- ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de la recurrente como exige el tipo penal. STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017).

⁷⁷ SAP BU 218/2017, 03-07, (ROJ 679/2017).

⁷⁸ Art. 20.7 CP de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

⁷⁹ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 17; BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 145.

⁸⁰ CF. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*. 2012. 144.

erradicada del texto, puesto que un acoso nunca debe estar amparado por el ordenamiento jurídico⁸¹, pues no parece, en principio, que el ejercicio legítimo de un derecho –cobrar una deuda–, legitime los actos de acoso. Casos como el “cobrador del frac”, podrían ser un ejemplo de este precepto⁸².

iii) “*Altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*”.

La expresión “vida cotidiana” alude al conjunto de actos o actividades que se realizan en el transcurso de los días, relacionados con las obligaciones laborales, domésticas y con el tiempo de ocio. La vida cotidiana se ve interrumpida solo por periodos vacacionales o situaciones excepcionales de manera que, aquello que se realiza en estas épocas no formará parte de la vida cotidiana. Por lo tanto, las alteraciones, aunque sean graves, sobre conductas o actividades que se realizan de forma puntual no tendrían cabida dentro del tipo⁸³.

El resultado típico⁸⁴ sería la alteración grave en el desarrollo de la vida cotidiana⁸⁵ de la persona víctima del acoso –síndrome de estrés postraumático, depresiones, ansiedad,

⁸¹ Lo cierto es que estas críticas no fueron determinantes, puesto que esta expresión se mantuvo en su redacción final.

⁸² También pueden incluirse otros supuestos como los de realizar campañas reiteradas para que no se compre en un determinado establecimiento, siempre que se refieran a personas individuales concretas. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 146-147.

⁸³ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 156-157.

⁸⁴ Podemos enunciar que nos encontramos ante un tipo “mixto alternativo” en el que el comportamiento de acoso, originado a partir de la reiteración de las posibles conductas descritas en el tipo, debe conseguir la producción de un resultado típico, en este caso consistente en la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los cibercrimitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 144; PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 185.

⁸⁵ “Es la persistencia insistente de esas intrusiones la que nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto”. SJP 19/2018, 23-01 (ROJ 7/2018); en lo que concierne al resultado, como así establece PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 193, el legislador español ha mejorado la redacción

cambios de lugar de residencia, descenso en el rendimiento laboral, alteraciones en los resultados académicos...⁸⁶. Como establece la STS 324/2017⁸⁷, el tipo no exige planificación, pero si una metodológica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar sus hábitos cotidianos y para valorarla, hay que acudir al “hombre medio”⁸⁸, aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica...) que no pueden ser totalmente orilladas. El tipo exige un patrón de conducta, descartando los actos aislados⁸⁹. Por lo tanto, debemos entender esa alteración como algo cualitativamente superior a las meras molestias⁹⁰.

Estamos ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya

del art. 172 ter CP, en comparación con el CP alemán, debido a la complejidad que conlleva el término “desarrollo vital” del que hace uso este último.

⁸⁶ MENDOZA CALDERÓN, Silvia. El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En: Francisco MUÑOZ CONDE (Dir.)/Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.)/Alfonso GALÁN MUÑOZ (Coord.). *Análisis de las reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 131.

⁸⁷ STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017).

⁸⁸ El resultado realmente depende de las modificaciones que el sujeto víctima del acoso esté dispuesto a realizar. TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 157.

⁸⁹ BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los cibercrimitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 145.

⁹⁰ STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017).

en la capacidad de actuar según lo ya decidido. En definitiva, y como ya se ha dicho, que cusen una alteración^{91 92 93}.

⁹¹ Se debe analizar cada caso concreto, a la vista de las acciones desarrolladas por el agente con insistencia y reiteración, y, por otra parte, a la vista de la idoneidad de tales acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima, nos conducirá a la existencia o no de tal delito de coso. STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017).

⁹² Alguna de las sentencias que han considerado que efectivamente ha habido una alteración grave de la vida cotidiana: “el incontestable e inequívoco significado de las vigilancias y visitas continuas al puesto de trabajo, revisten intensidad suficiente como para modificar las rutinas de la denunciante, a la cual tienen que acompañar sus familiares. Ha colocado un timbre inalámbrico en su negocio abierto al público para evitar las visitas indeseadas del acusado” SAP OU 148/2017, 09-05 (ROJ 289/2017); “se puede afirmar que existió tal consecuencia como la patentizó la propia defensa del recurrente en el plenario, al reconocer que Graciela tuvo que pedir una orden de alejamiento del recurrente, que le fue concedida” STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017); “ha afectado gravemente al desarrollo de su vida cotidiana que ha tenido que cambiar sus hábitos de vida habituales, requiriendo incluso la presencia de ciertas vecinas para no ir sola a la calle” SAP M 497/2017, 25-07 (ROJ 10764/2017); “este acoso y hostigamiento por el acusado necesariamente tuvo que provocar en la denunciante un sentimiento de temor que la condujo a interponer la presente denuncia y a solicitar la correspondiente orden de alejamiento, que por cierto, le fue concedida, evidenciando con ello la grave alteración que aquellos hechos supusieron en su vida cotidiana” SAP L 419/2017, 08-11 (ROJ 854/2017); “estamos ante una conducta insistente y reiterada a través de la cual el acusado ejerce un control incesante en la vida de la perjudicada, preguntándole constantemente dónde se encuentra, cuándo va a llegar a casa y exigiéndole que llegara cuanto antes al domicilio familiar. Es evidente que tal control continuo por parte del acusado ha alterado gravemente la vida cotidiana de la perjudicada, limitando su libertad de obrar ante la permanente, dilatada, exagerada e injustificada remisión de mensajes, controlando en todo momento la situación y actividades de la perjudicada y que no obedece a otro ánimo que el de inmiscuirse en la vida de la misma, causando intranquilidad y desasosiego hasta límites intolerables” SAP A 721/2017, 16-11 (ROJ 2556/2017); “el hijo detectó la situación de desasosiego, intranquilidad y permanente agonía en que se encontraba su madre, con temor debido al continuo acoso por parte del acusado que le enviaba continuamente y con frecuencia diaria mensajes escritos a través del móvil” SAP CC 2/2018, 03-01 (ROJ 5/2018); “evidenciando la grave alteración que aquellos hechos supusieron en su vida cotidiana, hasta el punto de planear un viaje para alejarse de la situación y que su ex pareja se calmara, o pedir a Cristóbal que se alejara de ella para evitar problemas, excediendo por ello de un simple incordio o molestia” SAP V 251/2018, 07-05 (ROJ 1048/2018).

⁹³ Por otro lado, cabe destacar algunas sentencias que han considerado que no se cumple el tipo, entendiendo que no lo hace porque no se da el requisito “la alteración grave de la vida cotidiana”. “Ninguna prueba se presenta en las actuaciones que acredite que la conducta desarrollada por Ramiro haya provocado tal alteración más allá de su propia e interesada manifestación al sostener en el acto del Juicio Oral que esta situación le ha generado miedo, no salía de casa y cuando lo hacía iba acompañada de amigas o de madres de compañeros de colegio de sus hijas y siempre la acompañaban a casa. Se menciona que la psicóloga

Por todo lo anterior, el tipo de acoso se caracteriza porque el resultado exigido depende íntimamente de la víctima⁹⁴. Se puede llegar a afirmar que, hasta que esta no se rinde ante las presiones o la conducta insistente y reiterada del autor, no se colma el

tiene conocimiento de todo ello, sin embargo, no trae como testigo tampoco a esta” SAP BU 170/2017, 26-05 (ROJ 559/2017); “ningún resultado lesivo se ha producido para la denunciante, y menos para la hija de la menor de edad. Indica la denunciante en el acto del Juicio Oral que los hechos han incluido negativamente en su vida, creándole nerviosísimo, nerviosísimo cuando va por la calle porque cree ver al denunciado por todos los lados, dificultad para conciliar el sueño, pérdida de cinco kilos de peso..., pero ninguna prueba aporta de dichas afirmaciones” SAP BU 218/2017, 03-07 (ROJ 679/2017); “la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: no hay datos en el supuesto presente para entender que existe la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perdurabilidad temporal” STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017); “tales comunicaciones continuas entre esposos no pueden catalogarse en modo alguno como acoso, por más que pudiera incomodar a Julieta” SAP CS 261/2017, 13-10 (ROJ 268/2017); “nos encontramos con dos hechos aislados, consistentes en la remisión de 30 correos electrónicos por parte del acusado a su ex pareja sentimental, pese a la oposición de ésta, y la actitud del acusado el día 23-07-2016 en la carretera, carentes de entidad” SAP M 683/2017, 06-11 (ROJ 17711/2017); en los mismos términos la SAP M 666/2017, 22-11 (ROJ 15867/2017); “Los hechos objeto de acusación no son incardinarles en el precepto penal, haciendo expresa referencia a la falta de constancia de la grave alteración de la vida cotidiana de la recurrente, valorando a tal efecto la propia declaración de la misma en el plenario y a su referencia al encuentro en una cervecería, para concluir en que los mensajes no han ido acompañados de ninguna otra actitud que suponga seguimiento o persecución que provoque grave desasosiego” SAP PO 201/2017, 14-12 (ROJ 2482/2017).

⁹⁴ Cabe destacar que en el CP alemán se reforma sustancialmente este presupuesto y se deja de exigir que la persecución perjudique gravemente la forma de vida, bastando con que sea adecuada para ello. Esta variación se hace añadiendo la expresión “*die geeignet ist*” (que sea adecuada) en la descripción de la conducta. Por lo tanto, este delito pierde su perfil clásico de delito de resultado y se configura como delito de idoneidad (*Eignungsdelikt*) siendo suficiente que la actuación del autor sea capaz de provocar una disfunción grave en el estilo de vida de quien la sufre. ROIG TORRES, Margarita. Regulación del *stalking* en Alemania: la reciente reforma de delito de persecución (*nachstellung*) del § 238 STGB. *RGDP*, 29. 2018. 9.

delito⁹⁵. No cabe duda de que este elemento del tipo exige un esfuerzo de alegación y prueba por las partes y de interpretación por los tribunales^{96 97}.

b) Conductas requeridas por el tipo.

El acoso reiterado e insistente sobre la víctima, determinante de la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana, no puede derivar de cualquier comportamiento del sujeto activo, sino que se concreta por disposición legal en la realización de alguna de las conductas que enumera el art. 172. Ter 1 CP en sus cuatro apartados⁹⁸. Antes de proceder a analizar estos, cabe llevar a cabo determinadas precisiones. Por un lado, estamos hablando de fórmulas abiertas, lo que ha dado lugar a varias críticas, puesto que ello permite, no solo la inclusión de conductas intrascendentes, sino que se vea afectado el principio de legalidad al no ser definida la conducta proscrita. Por otro lado, como veremos, hay conductas que no tienen que ver con la libertad ni con la integridad moral, sino que afectan al patrimonio “atentar contra la libertad y patrimonio”. No obstante, cabe puntualizar que es relativamente frecuente, como establece Quiroga Martínez⁹⁹,

⁹⁵ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Delitos de acoso (artículo 172 ter). En: José L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/Ángela MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/Elena GÓRRIZ ROYO (Coord.) *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 579; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 345-346; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 157.

⁹⁶ SAP BU 133/2017, 27-04 (ROJ 449/2017).

⁹⁷ Es desestimado el recurso “ante la ausencia de acervo probatorio que así lo acredita el seguimiento o vigilancia por parte del investigado a su ex pareja, hemos de coincidir que, de los diversos mensajes, que precisamente han sido aportados por el propio acusado, no se infiere una posible conducta de acoso por parte del mismo, sino más bien una actitud por parte de éste de intentar reanudar pacíficamente la relación ya extinguida”. SAP M 556/2017, 11-10 (ROJ 12730/2017).

⁹⁸ En este sentido, entiende GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. El nuevo delito del art. 172 ter del CP y el acoso telemático: crónica de un desiderátum represivo jurídico. *Revista Aranzadi*. Nº 915/2016. Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor. 2016. 1-2, que el art. 172 ter, que adolece de un excesivo casuismo, pues los comportamientos contemplados parecen elegidos un tanto abiertamente, de un modo excesivamente segmentado. Entendiendo que la dinámica de este precepto debería de ser la de enunciar una conducta general y esperar a que sea el juzgador o la jurisprudencia la que concrete, *case by case*, el acoso.

⁹⁹ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 17.

encontrarse casos en violencia de género, en los que, con un ataque a los bienes de la víctima, enlazado con otras conductas, entrañan una situación de acoso.

i) “*La vigile, la persiga o busque su cercanía física*”.

“Vigilar” y “perseguir”, como establece Tapia Ballesteros¹⁰⁰, representan las conductas tradicionales de acoso, incluso ambos, en sí mismos, ya exigen insistencia y/o reiteración¹⁰¹. Es difícil dar una pauta general, pero serán casos en los que, normalmente, se combinarán los distintos supuestos: vigilancia, seguimientos, llamadas al portal del domicilio, apariciones sorpresivas fruto de esa vigilancia, persecuciones en el vehículo, la mención de datos obtenidos en las vigilancias –estabas con o en un determinado lugar, hoy saliste tarde del trabajo...¹⁰²–.

Es requisito indispensable para que se cumpla el tipo, que la víctima tenga conocimiento de esa vigilancia o persecución o proximidad física, ya que el

¹⁰⁰ Podrá llevarse a cabo tanto en primera persona como a través de un tercero, por ejemplo, de un detective privado. TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 160.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 147; En este sentido se ha pronunciado MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 349-350, entendiendo que la vigilancia o persecución en dos únicas ocasiones quizá no reúna la gravedad necesaria determinante de la 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.

¹⁰² MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 17-18.

desconocimiento derivaría en la atipicidad, puesto que no produciría cambios graves en el desarrollo de su vida cotidiana^{103 104}.

Más problema suscita, y en eso están de acuerdo varios autores¹⁰⁵, la conducta de “búsqueda de cercanía física¹⁰⁶”, es decir, enlazando con el requisito de que la misma debe ser insistente y reiterada, ¿cuándo podemos entender que se produce la misma? ¿de cuántos metros estamos hablando para considerar una cercanía física? Se vulneran de

¹⁰³ Quizá resulte adecuado limitar la tipicidad de la vigilancia a los supuestos de vigilancia oculta, en los que la víctima sabe que se le vigila, pero no ve al vigilante ni conoce las circunstancias concretas de dicha situación. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 349; PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «stalking» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 190.

¹⁰⁴ De esa vigilancia reiterada se debe derivar una afectación del bien jurídico de la libertad, en concreto de la libertad de obrar como venimos diciendo, lo que conllevará a que si el sujeto pasivo no se percata de la vigilancia, no quedará dotada de un verdadero injusto y no se cumplirá el tipo, lo que choca con estudios empíricos, puesto que esta modalidad comisiva, se puede decir, que es precisamente de las que hace sufrir una mayor afectación a la víctima como así queda acreditado en PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Stalking”: efectos en las víctimas, estrategias de afrontamiento y propuestas legislativas derivadas. *RAD. InDret*. 2017. 12-14.

¹⁰⁵ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 17-18; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 350; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 159-160; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, 232.

¹⁰⁶ A diferencia de nuestra regulación, como veremos, en la regulación alemana, no basta el uso de mecanismos que permitan captar a cierta distancia la imagen, como se había planteado, sino que es necesaria una aproximación personal. ROIG TORRES, Margarita. Regulación del *stalking* en Alemania: la reciente reforma de delito de persecución (nachstellung) del § 238 STGB. *RGDP*, 29. 2018. 18; PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «stalking» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 190.

nuevo las exigencias de taxatividad asociadas al principio de legalidad, pudiendo, incluso contradecir las implicadas en el principio de efusividad.

Por otro lado, debemos destacar el solapamiento al que hace referencia Matallín Evangelio¹⁰⁷, puesto que conductas de vigilancia, persecución y búsqueda de cercanía física pueden tener significados muy próximos, incluso con el constitutivo de persecución. Siendo quizá mejor prever en un punto separado la conducta de buscar cercanía física, no siendo asociada con la vigilancia y persecución¹⁰⁸. Sin embargo, el problema, al menos en violencia de género¹⁰⁹, se simplifica, pues estas conductas suelen darse de forma conjunta con las otras tipificadas, lo que permite su valoración global y de ahí extraer una conclusión basada en todo el comportamiento del sujeto activo.

- ii) *“Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas”*.

El acoso realizado a través de cualquier medio de comunicación, en términos generales denominado TICs, es conocido como “cyberstalking¹¹⁰”. Puede señalarse que se trata de conductas tradicionalmente presentes, pero ahora agravadas con Internet.

Una de las primeras críticas en relación a este apartado se centra en la equiparación punitiva con la consumación, es decir, la conducta de establecer o intentar establecer contacto¹¹¹, y, por consiguiente, la misma sanción para ambas, lo que vulneraría el

¹⁰⁷ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 350; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 159-160.

¹⁰⁸ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 159-161.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 17-18.

¹¹⁰ MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 117.

¹¹¹ Por lo que entiende VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 232, que nos encontramos ante una modalidad comisiva que integra una suerte de tipo de emprendimiento, en tanto no 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

principio de proporcionalidad. ¿Se requiere que en ese contacto se dé una comunicación entre los dos sujetos? Si analizamos la situación, objetivamente podemos llegar a la conclusión de que es más sencillo crear una situación de hostilidad o humillación cuando se produce el contacto efectivo, que, al menos intentándolo. Imaginemos la víctima que sufre con insistencia y reiteración la recepción de mensajes. Puede ser que si los lee o se produce la comunicación -por ejemplo, telefónica-, se altere más o el resultado que requiere el tipo se dé con mayor rapidez, pero estoy de acuerdo con Martínez Quiroga¹¹², que no puede excluirse que se llegue a tal resultado sin que exista comunicación (pluralidad de llamadas no contestadas a horas intempestivas que provocan en la víctima situación de angustia). No obstante, en violencia de género¹¹³, no es extraño que la

comunicación, mecanismos más ligados al empleo de las modernas TICs; teléfono, correo electrónico, redes sociales, o mecanismos menos ligados a estas; dejar mensajes en el parabrisas del vehículo o en el buzón de la víctima; dando lugar a una consideración penal asimétrica de no ser por la dificultad que entraña el cumplimiento de los requisitos del tipo. PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 190.

¹¹² MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 18.

¹¹³ La SAP P 7/2018, 07-03 (ROJ 191/2018) contiene un análisis muy concreto del caso en relación al contacto vía TICs «No estamos en presencia de un mutuo contacto entre dos personas que han estado casadas 34 años y que hablan de su hija y de su nieto y de cuestiones personales y económicas que interesan a ambas partes y que son meras conversaciones distendidas sobre la pensión compensatoria, sobre el embarazo de su hija, sobre las Navidades o sobre su perro.

Por el contrario, de la lectura de las conversaciones se derivan datos objetivos que exceden de conversaciones normales entre ex esposos, lo que determinarían una pauta de actuación y un patrón de conducta sistemático que altera la libertad y seguridad de la víctima y ello por los siguientes datos; en el aspecto cuantitativo, los mensajes se cuentan por decenas y se producen varias veces al día, durante multiplicidad de días, durante muchos meses y en muchas ocasiones, no eran contestados por la esposa y cuando contesta lo hace de forma esquemática y escueta.

En el aspecto cualitativo muchos mensajes son ininteligibles, reiterativos, eran muy largos y extensos y se califican por las partes y testigos, y así se aprecia de su lectura, de "testamentos". Es cierto que en ocasiones se habla de las Navidades o de la hija o del nieto o del perro de la familia, pero en otras muchas ocasiones los mensajes nada tienen que ver con la familia, sino que son textos religiosos, largos párrafos ininteligibles o sobre lo que comía o cenaba o sobre las leyes de la espiritualidad en la India, o sobre si en las escuelas francesas se debe o no de servir carne de cerdo etc. Es decir, el contenido de las comunicaciones reiteradas enviadas por el acusado eran temas que exceden de las posibles cosas comunes entre los esposos y que

pluridad y reiteración del acoso provoque que la víctima, harta, en un determinado momento si conteste o que incluso reaccione, o que simplemente intente calmar al acosador pidiéndole que le deje en paz.

Por otro lado, y en relación a esto, entiende Matallín Evangelio¹¹⁴, que la insistencia y reiteración de conducta debería concretarse en la exigencia de su realización por tres o más veces para evitar excesos punitivos, ya que considera que es fácil que dos simples contactos o intentos de contacto determinen la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana que el tipo requiere como resultado.

perturban la serenidad de la denunciante, se producen a cualquier hora, y le molestan, perturban y alteran de forma grave ante su reiteración injustificada, y las horas y los días de emisiones sistemáticas y continuadas. En este sentido, el testimonio de la hija de los litigantes destaca que su madre tenía miedo, que, estaba muy nerviosa y que la notaba más nerviosa por la actitud de su padre.

Sin llegar a situaciones de coacción o amenaza explícita, es lo cierto que los datos expuestos desestabilizaban a la denunciante y perturbaban su libertad y su tranquilidad y sosiego dado que exceden de la mera molestia, por lo que el ex esposo carece de legitimación para dirigirse a la esposa en esos términos y condiciones. Es cierto que no hay amenazas ni insultos, pero no son mensajes ni normales, ni distendidos y menos los que tiene relación con un futuro pleito, con las leyes o las causas de la violencia de género (mensajes de 23-12-2105 y 4-01-2016). Son mensajes sistemáticos y constantes en el tiempo, fuera de tono y de contenido que exceden con mucho de la mera molestia y entran en el ámbito de la limitación y alteración de la libertad personal.

Por si lo indicado no fuera suficiente resulta que, a la esposa, aun cuando en muchos casos contestaba a los mensajes de forma escueta y concreta, llego un momento en el que se sintió perturbada y menoscaba en su libertad y contestaba con expresiones como: "te perdono claro, pero no puedo olvidar", "vale, seguimos con más de lo mismo, corto", "No entiendo nada mucho rollo", "son las 4 de la madrugada. Ahora la que no duerme soy yo, Y ya vale;;;;;;;;;;;;;;;" "hasta aquí hemos llegado, tú no sabes leer, que no me llames ssssssss ni me envíes Whatsapps, lava bien tu imagen que necesita mucho jabón PESADO no me envíes más mensajes inútiles y falsedades , mi no entender Olvídame vive tu vida...soy libre de decidir sobre mi vida no me contestes hasta nunca;;;;;;;;; La conclusión que en sacado de esta vorágine es que eres mala persona no te contestara adíos que pretendías el 21 volverme locame estas acosando y no te preocupes no me hace ningún efecto esa canción no me gusta no te enteras de que no quiero nada de ti, te lo puedo decir más claro, cuando siga encontrando algún regalo tuyo te los hare llegar, no me interesa nada de eso pertenece a tu vida."»

¹¹⁴ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Delitos de acoso (artículo 172 ter). En: José L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/ Ángela MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/ Elena GÓRRIZ ROYO (Coord.) *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 583; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 351.

En referencia al contacto a través de terceras personas, hay autores que coinciden en que este planteamiento sería lógico para resolver supuestos de autoría, bien mediata o de cooperación¹¹⁵.

- iii) “Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiriera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella”.

Con el fin de no solaparnos con el apartado anterior, cabe concretar que la diferencia con este (casos en los que el sujeto activo utiliza o pide ayuda a un tercero con el fin de contactar con el sujeto pasivo), estriba en que el legislador lo que quiere castigar son los casos en los que se utilizan los datos personales del sujeto pasivo (teléfono, dirección de correo electrónico), con el fin de que sea contactado por personas que probablemente ni conozca¹¹⁶ -anuncio de servicios de carácter sexual supuestamente ofrecidos por la víctima, publicando sus datos para que posibles interesados en contratarlos contacten con ella, envío o entrega de flores u otros regalos a la víctima mediante el uso injusto de su nombre y dirección, de los cuales pudiera tener conocimiento el autor en virtud de la relación que existió entre ellos-¹¹⁷.

Podría traducirse como desafortunada esta redacción en tanto son varios los autores que coinciden en que la adquisición de productos o la contratación de servicios

¹¹⁵ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 18; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 161.

¹¹⁶ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 19; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 355; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 163.

¹¹⁷ En este sentido debemos destacar lo establecido en el informe del Consejo Fiscal, al que ya hemos hecho referencia con anterioridad cuando nos referíamos específicamente a la “insistencia y reiteración”, ya que, en la línea del ejemplo, la publicación se produciría una única vez. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 232; PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «stalking» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 191.

mediante el uso indebido de los datos personales del sujeto pasivo, en la práctica, abocan directamente a delitos patrimoniales¹¹⁸.

- iv) “Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”.

Este apartado es duramente criticado¹¹⁹, debido a su inconcreción contraria al principio de taxatividad. Supone la introducción de una cláusula totalmente abierta en contra del reo, en tanto resulta punible cualquier atentado contra la libertad o patrimonio¹²⁰ de una persona o de otro sujeto próximo a ella. En relación a esto,

¹¹⁸ Este precepto integraría un delito de estafa del art. 248.2. c) CP, que castiga al que realice operaciones utilizando los datos de tarjeta, o cheques y se apropie del dinero, por lo que, atendiendo a la pena, cabría hablar de la aplicación del principio de especialidad del art. 8.1 CP, por lo que resultaría superflua la mención de este apartado del art. 172 ter 1. 3º CP. CÁMARA ARROYO, Sergio. La primera condena en España por acecho o stalking. *Firma invitada (DIALNET)*. 41-42; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 162.

¹¹⁹ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 19; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 358-359; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 163-164; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 232-233.

¹²⁰ No se especifica qué clase de atentado contra la libertad o patrimonio, es decir, no se determina si se trata de los ya específicamente tipificados en el CP, o bien si se incluyen también conductas no tipificadas como delito. CÁMARA ARROYO, Sergio. La primera condena en España por acecho o stalking. *Firma invitada (DIALNET)*, 42.

Villacampa Estiarte¹²¹, entiende que debería ser incluido específicamente en el tipo, no solo la libertad y patrimonio, también la vida, salud o integridad corporal^{122 123}.

En este sentido, Martínez Quiroga¹²⁴ considera que, la conducta genérica e imprevisible, es compleja de sostener. En última instancia entiende su aplicación en la circunscripción estricta de los requisitos del acoso, como ya hemos visto. Entendiendo que puedan encajar los daños reiterados, que tienen un plus añadido en un determinado contexto y que presentan un componente psicológico que excede del mero perjuicio o ataque patrimonial.

En relación con la previsión “contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima¹²⁵”, podemos decir que, la base de justificación tiene que ver con situaciones de violencia de género en la que la víctima busca ayuda y/o protección en casa de sus progenitores o amistades y el agresor, entre otras conductas, lleva a cabo atentados contra el patrimonio de aquellos.

De todo lo expuesto hasta ahora y pese a las críticas de la doctrina, la primera sentencia del TS en relación a este delito¹²⁶ entiende que, pese a la elasticidad de los términos utilizados por el legislador (*insistente, reiterada, alteración grave*) y el “esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al

¹²¹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 233.

¹²² Criticado por parte de MATELLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 358-359, entendiendo que en este caso estaríamos hablando de una cláusula lo suficientemente amplia para refundir en un solo precepto gran parte de las ofensas que con tanto esfuerzo se han ido sistematizando de forma separada en el texto punitivo.

¹²³ Como, por el contrario, si se da en la regulación alemana, §238 StGB “se castiga a quien amenaza a la persona acechada con lesionar la vida, integridad física, salud o libertad propia o de uno de sus parientes o cualquier otra persona cercana a ellos”. ROIG TORRES, Margarita. Regulación del *stalking* en Alemania: la reciente reforma de delito de persecución (nachstellung) del § 238 STGB. *RGDP*, 29. 2018. 21-22.

¹²⁴ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 19.

¹²⁵ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 165.

¹²⁶ STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017).

principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada”.

c) Sujetos pasivo y activo del delito.

A lo que a sujetos del delito de *stalking* se refiere, cabe decir que no presentan mayor especialidad. Tanto sujeto activo como pasivo, puede realizar la acción típica o ser víctima cualquier persona. No obstante, como veremos más adelante, el tipo presenta una cualificación de doble nivel en la que si profundizaremos¹²⁷.

2) Elemento subjetivo.

El delito de *stalking* es eminentemente doloso, por lo tanto se exige que el conocimiento y la voluntad del sujeto activo¹²⁸ abarque, no solo la reiterada e insistente realización de las conductas de acoso requeridas por el tipo -*animus exagitandi* o *animus insidiendi*-, también el conocimiento de su relevancia causal en resultado previsto¹²⁹, es decir, la alteración grave del desarrollo de su vida cotidiana, de ahí que, como hemos visto anteriormente, es relevante la interpretación sobre esta referencia¹³⁰. En este caso,

¹²⁷ MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 114-115.

¹²⁸ “Y en este caso no cabe ninguna duda de que el acusado conocía la oposición de la denunciante a que comunicara con ella, expresada de forma reiterada, a pesar de lo cual se empecinó, aunque solamente fuera por amistad y no por relación sentimental, a imponer unilateralmente a la denunciante la exigencia de mantener una relación no deseada” SAP NA 72/2018, 26-03 (ROJ 66/2018); “no cabe ninguna duda de que el acusado conocía la oposición de la denunciante a que comunicara o se relacionara con ella, expresada de forma reiterada, a pesar de lo cual se empecinó en imponer unilateralmente a la denunciante la exigencia de mantener una relación no deseada, lo que le produjo que estuviera asustada, agobiada y con miedo de volver a su centro de trabajo por el temor de que apareciera, síntomas que objetivamente se generan por una actuación de acoso o de hostigamiento” SAP NA 74/2018, 26-03 (ROJ 61/2018).

¹²⁹ Como establece la SAP NA 72/2018, 26-03 (ROJ 66/2018) “este delito no exige para su consumación la concurrencia de un elemento subjetivo específico del injusto, más allá del dolo genérico constituido por el conocimiento de que se está intentando a través de diversos medios comunicar de forma reiterada con una persona que ha mostrado su negativa expresa a tener cualquier tipo de relación o de comunicación, y el conocimiento de que con los actos que se realizan, en este caso llamadas y presencia en el lugar de trabajo, realizadas con reiteración, contrarían la voluntad y libertad individual de una persona”.

¹³⁰ MENDOZA CALDERÓN, Silvia. El delito de *stalking*: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En: Francisco MUÑOZ CONDE (Dir.)/Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.)/Alfonso GALÁN MUÑOZ (Coord.). *Análisis de las reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch,

la SAP IB 37/2018¹³¹, entiende que hay un déficit probatorio respecto del elemento cognoscitivo del dolo “al no ser bastante la declaración de la denunciante para afirmar que el acusado conociera de su oposición clara y determinante a las comunicaciones con el acusado”.

Dicho esto, ¿Qué es lo que ocurre si ese resultado obtenido no es ni imaginable para el sujeto activo?¹³², en este sentido Tapia Ballesteros¹³³ considera que en caso de que un sujeto enamorado de un compañero/a de trabajo, al que envía flores con dedicatorias diariamente, trata siempre de buscar cercanía física en el comedor, en las reuniones..., le vigila después del trabajo con el fin de conocer sus gustos y así enamorarle, pero, sin embargo, el resultado producido en quien sufre esta conducta es el de dejar su trabajo y mudarse por miedo a que su negativa a mantener una relación sentimental así como la ausencia de sentimientos recíprocos, desencadene una conducta violenta, entendiéndolo así por los continuos actos realizados, considerándola una persona inestable. El dolo no comprendería ese resultado. Y lo mismo ocurrirá si el resultado está condicionado al “umbral de resistencia” de la víctima y ésta decide no alterar, o no hacerlo de forma grave, el desarrollo de su vida cotidiana.

3) Penalidad.

i) Subtipos agravados.

Como hemos referido, nos hallamos ante un ilícito que se introduce por el legislador, pensando en el ámbito de la violencia de género, pero no se exigen características específicas del sujeto activo y pasivo, incluyendo tanto a hombres como

2015. 132; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 165.

¹³¹ SAP IB 37/2018, 01-02 (ROJ 302/2018).

¹³² “Partiendo de sus acciones objetivamente consideradas, no pretendía atentar contra la libertad de la recurrente, ni ejercer presión psicológica sobre ella para doblegar su voluntad, sino simplemente perjudicarla en razón a la situación de ruptura de la pareja y entre tales perjuicios estaba el de lesionar su intimidad al acceder a los contenidos de la página web –que si bien estaba a nombre del acusado, era su mujer la que la gestionaba y utilizaba y abonaba sus costes- y causarle una pérdida económica al aumentar los precios de los servicios, anunciar la venta de la página, hacer visible en ella imágenes de contenido sexual de la apelada y de otras personas y al insertar su propio correo, conducta que tendría encaje en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP” SAP IB 346/2017, 25-07 (ROJ 1360/2017).

¹³³ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 165.

mujeres, y siendo la relación entre ellos “ab intio” irrelevante¹³⁴. Ahora bien, el tipo si establece un doble nivel de cualificación¹³⁵; el primer nivel de agravación, tiene la finalidad de elevar la penalidad en caso de que el delito se cometa contra una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación. Fijándose ésta de seis meses a dos años de prisión. El segundo nivel de agravación, está previsto en el art. 172 ter 2 CP, viéndose aumentada la pena de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de setenta a ciento veinte días, para los casos en los que el sujeto pasivo del delito se trate de una de las personas recogidas en el art. 173.2 CP¹³⁶. Lo que en comparación con el tipo base, con respecto a la pena de prisión, la única modificación se percibe con el límite mínimo, siendo para el tipo del art 172 ter 1 CP de tres meses, puesto que para el límite máximo de éste y para los subtipos agravados, es de dos años. Añadiéndose para el tipo básico de forma alternativa la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

La creación de dos niveles de agravación no resulta adecuada, en tanto hay una diferencia en la sanción penal, no quedando justificada la mayor para los casos del apartado dos del art. 172 ter CP, si cabe para esta específicamente la opción de elegir entre la pena de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad. Por otro lado, cabe que nos encontremos con un caso en el que ambos niveles de agravación se den en el mismo sujeto pasivo -la víctima es una persona especialmente vulnerable y además se trata de una persona de las mencionadas en el art. 173.2 CP- lo que nos lleva a la conclusión de que hallándose ambos equiparados en agravación en el art. 46 del Convenio de

¹³⁴ SAP M 439/2017, 30-06 (ROJ 9653/2017).

¹³⁵ PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 195-196.

¹³⁶ “...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...”

Estambul¹³⁷, hubiese únicamente un nivel de cualificación que abarcase ambos supuestos agravados¹³⁸.

En la misma línea, son muchos los autores que consideran que es innecesaria esta agravación. En el primer supuesto –especial vulnerabilidad de la víctima sin vínculo familiar ni doméstico con el sujeto activo del delito-, porque preexiste la agravante de abuso de superioridad del art. 22 CP¹³⁹.

Por otro lado, autores como Matallín Evangelio¹⁴⁰, consideran que la agravación de segundo nivel del art. 172 ter 2 CP, es innecesaria por el solapamiento con el delito de violencia doméstica del art. 173.2 CP, ya que entiende que las conductas que requiere el delito de *stalking*, pueden generar sin dificultad el ambiente de violencia física o psíquica propio de este precepto. Ya que por mucho que la cláusula concursal del art. 172 ter 3

¹³⁷ Instrumento de ratificación del 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.

¹³⁸ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 19; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 200; deberían incluirse como tipos agravados patrones de conducta en presencia de menores, en los que se hace uso de armas o instrumentos peligrosos, e incluso casos en los que se está quebrantando una pena de las contempladas en nuestro art. 48 CP, medida cautelar o medida de seguridad de la misma naturaleza. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”*. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 241; PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 195-196.

¹³⁹ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 343; PASCUAL ALFARO, Carlos. Aspectos procesales del stalking en el ámbito de la violencia de género. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 273; SÁNCHEZ VILANOVA, María. El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor. *RGDP*. 29, 2018. 14-15.

¹⁴⁰ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 343-344; SÁNCHEZ VILANOVA, María. El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor. *RGDP*. 29, 2018. 15.

CP, permita el conjunto de su aplicación, no parece admisible. O se aplica el art 172 ter 2 CP y se privilegia al acosador o el supuesto de violencia habitual.

Por otro lado, el precepto no prevé agravación para los casos de violencia de género¹⁴¹, la pena sería idéntica para los casos en los que el sujeto activo sea una mujer o un hombre. Es decir, se equipara el tratamiento de la violencia de género y la doméstica, lo que es chocante cuando en el Preámbulo de la LO 1/2015¹⁴² se afirma que en materia de violencia de género y doméstica se llevan a cabo modificaciones con el fin de reforzar la protección de nuestro CP, pero el incremento de la pena no se enuncia como una de las medidas tendentes a esta finalidad.

ii) *Problemas concursales.*

El art. 172 ter 3 CP prevé expresamente una modalidad de concurso real entre los delitos en que se hubiesen concretado los actos de acoso y el propio delito de acoso personal; “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”.

Son muchas las críticas que ha recibido este apartado, puesto que muchos de los autores coinciden en que vulnera el principio *ne bis in idem*¹⁴³. Sujeto activo que lleva a cabo una conducta aislada, cuya reiteración determina el acoso típico, realiza también alguno de los tipos tradicionales; coacciones o amenazas –contacto telefónico o por medio de terceras personas con amenaza implícita-. En aplicación de esta cláusula, deberá sancionarse individualmente¹⁴⁴. No habría dificultades en aquellos ilícitos en los que el

¹⁴¹ PASCUAL ALFARO, Carlos. Aspectos procesales del stalking en el ámbito de la violencia de género. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 272-273.

¹⁴² Título XX LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

¹⁴³ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento*. 2016. 20; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 345; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 187; MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 119.

¹⁴⁴ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting,*

bien jurídico no sea la libertad¹⁴⁵, pero si, como hemos visto, cuando el concurso se produzca con coacciones o amenazas, lo que, para evitarlo, algunos autores consideran que la aplicación del concurso real estaría justificada en la pluriofensividad de los bienes jurídicos¹⁴⁶. O, por otro lado, sería deseable que dicha cláusula presentase una salvedad¹⁴⁷, la inaplicación de este apartado en los casos en los que el delito de *stalking* entrase en concurso con delitos de violencia psicológica o que atentasen contra la libertad de obrar del sujeto pasivo¹⁴⁸ y una interpretación restrictiva de dicha cláusula.

iii) *Régimen de perseguibilidad.*

Para finalizar, cabe hablar de las cuestiones procesales de este delito. Por un lado, nos encontramos ante un ilícito de carácter privado en tanto el tipo básico y para el subtipo agravado de primer nivel, según lo establecido en el art. 172 ter 4 CP los hechos serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, lo

radicalización y otras formas de violencia en la red. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 345; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking.* Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 188.

¹⁴⁵ Podríamos plantear otro tipo de problemática en relación con el delito de *stalking* y el delito de acoso sexual del art. 184 CP o art. 183 ter 1 CP, si tenemos en cuenta que estos últimos, para que se cumplan los requisitos del tipo, no requieren reiteración, pero, ¿qué es lo que ocurre si se cumplimenta cualquiera de las exigencias del tipo de estos preceptos más -por ejemplo- los actos de contacto reiterados con el menor proponiéndole concertar un encuentro? Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad podría resultar excesivo. MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela. Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. 343; DA COSTA LOUREIRO, Rebeca. “on-line child grooming”: embaucamiento o captación de menores de dieciséis años por medios tecnológicos para la realización de actos sexuales. El hombre de la gabardina también se aloja en internet. Trabajo Fin de Grado. *Universidad de León.* 2017. 43; BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos.* Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 147.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos. Hostigamiento.* 2016. 20.

¹⁴⁷ Ya se propuso con anterioridad a la incorporación de delito de *stalking* en nuestro CP una cláusula *ad hoc* que permitiese clarificar las eventuales cuestiones concursales. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso.* Madrid: Iustel, 2009. 302-303.

¹⁴⁸ PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 198.

que ha sido criticado por la falta de destreza técnica legislativa a la que aluden Pujols Pérez y Villacampa Estiarte¹⁴⁹ en la colocación en apartados distintos la regla general y la excepción. Por lo tanto, para que se inicie el proceso penal se requiere que el sujeto pasivo del delito ponga en conocimiento de la autoridad judicial los hechos.

El art. 172 ter 2 CP presenta una excepción para los casos en los que el sujeto pasivo se trate de uno de los recogidos en el art. 173.2 CP. En este caso, el delito será público, tanto para casos de violencia de género como de violencia doméstica. Lo que llama la atención es que se encuentren fuera de este apartado las personas especialmente vulnerables por razón de la edad, enfermedad o situación, debiendo bastar la denuncia por parte del Ministerio Fiscal para iniciar las actuaciones¹⁵⁰. Considera Tapia Ballesteros¹⁵¹ que lo adecuado hubiese sido calificar los delitos a la inversa, es decir, configurar como delito privado el tipo básico, mientras que las modalidades agravadas tuviesen consideración de delito público, dándole la posibilidad a la víctima de elegir entre medidas civiles o el inicio del proceso penal^{152 153}.

¹⁴⁹ PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018.149.

¹⁵⁰ PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 200.

¹⁵¹ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona: Wolters Kluwer. 2016. 206.

¹⁵² PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «*stalking*» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018. 200.

¹⁵³ En la regulación alemana es necesaria denuncia para incoar el procedimiento penal. Sin embargo, una vez presentada, el fiscal continuará de oficio las actuaciones si existen indicios de delito, aunque no concurra un especial interés público. ROIG TORRES, Margarita. Regulación del *stalking* en Alemania: la reciente reforma de delito de persecución (*nachstellung*) del § 238 STGB. *RGDP*, 29. 2018. 11.

Capítulo II. DELITO DE SEXTING

Sección 1.01 Concepto de “sexting”.

El término anglosajón “sexting” se trata de un neologismo compuesto por las voces; “sex”, que significa sexo y “texting”, envío de mensajes de texto vía SMS. No obstante, cabe matizar, que en la práctica no solamente se limita a estos, pues, aunque el sentido original la presente, la realidad virtual y la generalización de los *smartphones* fuerzan la ampliación del objeto -fotos, videos, contenido multimedia de todo tipo¹⁵⁴-.

A este delito también nos podemos referir como “porno vengativo”, pues habitualmente lo que se intenta con la realización de las conductas que veremos con posterioridad, es dañar la reputación de la víctima -con la que se ha mantenido una relación sentimental, generalmente-.

Sección 1.02 Antecedentes y desencadenantes.

En 2012 asalta en nuestros medios de comunicación un suceso cuanto menos mediático - “Una concejal de los Yébenes (Toledo) dimite tras hacerse público un vídeo erótico¹⁵⁵”-, conocido como “caso Olvido Hormigos”^{156 157}. Se hace viral el video de la concejala de un municipio de Toledo, en el cual ésta se masturba al tiempo que ella misma grababa la acción con su teléfono móvil. Este video es posteriormente enviado por ella de forma voluntaria a un tercero, pasando a ser difundido masivamente a través de distintas redes sociales. El Juzgado de Instrucción N.º 1 de Orgaz, a través de auto de 15 de marzo de 2013, entiende que no es procedente otra resolución que el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones por un delito contra la intimidad¹⁵⁸.

¹⁵⁴ BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los cibercrimes*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 100.

¹⁵⁵ JUNQUERA Natalia. *Olvido Hormigos: “En dos horas todo el pueblo tenía mi video”*. 11/12/2018. https://elpais.com/sociedad/2012/09/06/actualidad/1346961227_206248.html; sin autor. *Una concejal de los Yébenes (Toledo) dimite tras hacerse público un vídeo erótico privado*. 11/12/2018. <https://www.20minutos.es/noticia/1579203/0/dimite/concejal/video-erotico/>

¹⁵⁶ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 5-6.

¹⁵⁷ Y al que se refieren varias sentencias SAP B 302/2017, 24-04 (ROJ 2971/2017); SAP M 805/2017, 20-12 (ROJ 17107/2017); SAP BU 228/2018, 16-06 (ROJ 473/2018).

¹⁵⁸ ALTOZANO Manuel. *La “ciberintimidad” de Olvido Hormigos*. 12/12/2018. https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html

Como este son muchos los casos archivados o que finalmente derivaban en una sentencia absolutoria¹⁵⁹, y es que, conforme a la redacción del Código Penal anterior, como establece la SAP 36/2016¹⁶⁰, una cosa es utilizar datos reservados de carácter personal o familiar, y otra, difundir imágenes. En este último caso, solo en aquellos supuestos en los que estas imágenes hubieran sido obtenidas sin consentimiento de la víctima, la conducta consistente en su difusión posterior es típica. Pero si su obtención hubiera sido alcanzada con consentimiento del fotografiado o grabado, no es típica su difusión. Por lo tanto, antes de la reforma, esa sanción a la divulgación in consentida, debe hacerse respetando los principios de legalidad y tipicidad, principios que como recoge la SAP IB 197/2017¹⁶¹, no se pueden obviar por la sola y deseable búsqueda de la justicia material. De ahí que el CGPJ en el Anteproyecto a la reforma¹⁶² considere que ante la situación comentada en la que nos encontrábamos antes de la reforma 1/2015, la introducción de este nuevo delito sea necesaria y afortunada dando cumplimiento también a la Directiva 2013/40/UE¹⁶³.

Por lo tanto, como así determina la SAP 155/2016¹⁶⁴, hasta el momento, si las imágenes difundidas habían sido captadas con el consentimiento de los afectados lícitamente, su difusión no consentida podría constituir como máximo una infracción de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁶⁵, o de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, al margen de que en cada

¹⁵⁹ SAP GU 111/2015, 23-09 (ROJ 307/2015); SAP B 697/2015, 04-11 (ROJ 10676/2015); SAP A 36/2016, 26-01 (ROJ 1474/2016); SAP A 155/2016, 18-03 (ROJ 711/ 2016); SAP NA 155/2016, 30-06 (ROJ 438/2016); SAP A 452/2016, 03-11 (ROJ 2985/2016); SAP IB 197/2017, 31-07 (ROJ 1440/2017); SAP J 432/2017, 22-11 (ROJ 1217/2017); SAP 805/2017, 20-12 (ROJ 17107/2017); SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

¹⁶⁰ SAP A 36/2016, 26-01 (ROJ 1474/2016).

¹⁶¹ SAP IB 197/2017, 31-07 (ROJ 1440/2017).

¹⁶² CGPJ. *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal*. 2013. 183.

¹⁶³ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas informáticos y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.

¹⁶⁴ SAP 155/2016, 18-03 (ROJ 711/2016).

¹⁶⁵ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 6.

caso concreto se pudiese verificar la comisión de otro tipo de hechos delictivos¹⁶⁶. La existencia del primero de los consentimientos es lo que impide considerar que su posteriori difusión constituye uno de estos delitos. Tales actuaciones, por lo tanto, supondrían a lo sumo una infracción de la legislación -no penal-, relativa a la protección del honor, de la propia imagen o de los datos personales¹⁶⁷.

En esta línea cabe mencionar la SAP V 122/2017¹⁶⁸, esta sentencia, lejos de la argumentación y reflejo de la atipicidad de estas conductas y por lo tanto la correspondiente absolución del acusado o archivo de las actuaciones, discrepa en este sentido, pues considera que el hecho de que el legislador, en un momento determinado, decida tipificar de forma específica una determinada conducta, no significa sin más que dicha conducta no fuese ya punible antes de la existencia de este tipo específico si existía un tipo más genérico igualmente aplicable al caso. Pues en este caso se entiende que, a partir de la vigencia de un tipo especial, será aplicable ese para esas conductas, y no el genérico, pero no quiere decir que, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma y la consecuente tipificación de estas conductas, los hechos estuviesen mal calificados por

¹⁶⁶ Como es el caso que recoge la SAP NA 155/2016, 30-06 (ROJ 438/2016), pues aunque está teniendo en cuenta que la redacción del CP en vigor en aquel momento no contiene la tipificación de los hechos que están siendo objeto de enjuiciamiento como delito de descubrimiento y revelación de secretos, si entiende que atendiendo a lo expuesto por la Acusación Particular, el daño moral que sufre su defendida como resulta de la afectación de un derecho fundamental como es la integridad moral y de la afectación a la intimidad, por lo que se desprende de forma natural y evidente de los hechos declarados probados, que constata una humillación y sufrimiento que no resulta una mera conjetura, sino una consecuencia cierta, sobre todo cuando los hechos constituyeron una difusión pública, a terceros, de imágenes íntimas.

Esta sentencia finalmente revoca la resolución parcialmente y absuelve al acusado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos y le condena como autor responsable de un delito contra la integridad moral previsto en el art. 173. 1 del Código Penal; o como también se puede ver reflejado en RODRIGO Borja. *Una mujer logra lo que Olvido Hormigos no pudo: ganar su juicio de "pornovenganza"*. 11/12/2018. https://www.elconfidencial.com/espana/2017-07-12/sentencia-porno-vengativo-olvido-hormigos_1414278/. Los hechos ocurren antes de la reforma 1/2015, el juzgador entendió que la baja laboral que sufrió la afectada y la ansiedad padecida, que son ratificadas por los informes médicos presentados, fueron desencadenadas por la difusión del video intimado en que el aparecían esta y su expareja.

¹⁶⁷ Como así ocurrió en el caso "Olvido Hormigos", la cual pudo obtener una indemnización por los daños y perjuicios. HIDALGO, Olga. *El delito de "sexting" o el guiño del legislador a casos como el de Olvido Hormigos*. 14/12/2019. <http://www.olgahidalgo.com/2015/05/el-delito-de-sexting-o-el-guiño-del.html>

¹⁶⁸ SAP V 122/2017, 20-02 (ROJ 5379/2017).

un tipo genérico como puede ser el art. 173 CP¹⁶⁹. Y a esto se suma la CFGE¹⁷⁰, entendiendo que la única posibilidad, antes de la reforma, de actuar penalmente frente a esos comportamientos era por esta vía, lo que requería se acreditase que esa difusión -de imágenes o grabaciones de la víctima- supusiese un menoscabo en su integridad moral.

De todo ello cabe mencionar el punto XIII del Preámbulo de la LO 1/2015¹⁷¹, el cual viene a señalar que “se modifican 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. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros 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”.

Sigue diciendo este preámbulo, que “los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta, 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”.

Por lo tanto, como establece la SAP BU 360/2016¹⁷², con la nueva regulación, los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero luego son difundidos contra su voluntad cuando la imagen o grabación se haya producido en un

¹⁶⁹ Por lo tanto, esta sentencia, entiende que esos hechos son constitutivos de un delito del art. 173.1 CP, ya que considera que la conducta realizada por los menores expedientados, consistente en difundir imágenes íntimas de la víctima sin su consentimiento, debe reputarse como delito contra la integridad moral, por cuanto se trata de una acción que provoca en la víctima un menoscabo de su persona, lesiona su dignidad, anula su autoestima y viola su intimidad, dejándola expuesta a la burla y a los comentarios ridiculizantes y vejatorios de sus propios compañeros. Esta conducta causó en la víctima un quebrantamiento emocional que le ha hecho precisar de asistencia psicológica por sufrir sentimientos negativos de autoestima, inseguridad y vulnerabilidad, presentando sintomatología clínica de tipo ansioso e idealizaciones suicidas, ¹⁷⁰ CFGE 3/2017, *sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*. 2017. 11.

¹⁷¹ Punto XIII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Lo 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

¹⁷² SAP BU 360/2016, 08-11 (ROJ 876/2016).

ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad¹⁷³.

Sección 1.03 El delito de porno vengativo en nuestro CP.

(a) Análisis del tipo penal.

El delito de “*sexting*” se encuentra recogido en el Título X del libro II, Capítulo I en su artículo 197. 7 de la LO 1/2015, el mismo dispone que “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 aquélla 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”. Sigue diciendo este apartado en un segundo párrafo “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 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”.

En términos generales podemos decir que nos encontramos ante un delito que se configura como un tipo “mixto alternativo” (difundir, revelar o ceder a terceros), aunque los términos se equiparen en el sentido de que todos ellos exigen la comunicación o transmisión de las grabaciones o videos a terceros, aunque como señala la doctrina, difundir supone un número amplio e indeterminado de destinatarios de esa comunicación¹⁷⁴. Se configura como un delito “especial de propia mano”, pues solo podrá ser cometido por aquél que hubiese obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas con el consentimiento de la víctima. Y, por otro lado, cabe matizar que nos encontramos ante un “delito semipúblico”, como veremos más adelante.

¹⁷³ MARTÍNEZ OTERO, Juan. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Derecom*. N.º12. 2013. 9.

¹⁷⁴ CGPJ. *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal*. 2013. 183; Wolters Kluwer. Descubrimiento y revelación de secretos. *Guías Jurídicas*. 2018.

(i) El bien jurídico protegido.

El delito de “sexting” se encuentra recogido en el Título X con rubrica “delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. De lo que se puede inferir en un primer momento es que potencialmente son tres los bienes jurídicos objeto de protección: la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio. Es evidente, que, en referencia a este último, no tiene mayor problema, pues es objeto de protección en los delitos previstos y penados en los art. 202 y ss del CP, es decir, en lo relativo al allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público, recogido en el Capítulo II del ya referido Título X del Libro II de nuestro CP¹⁷⁵.

Dicho esto, procederemos a analizar y determinar cuál es el bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa; la intimidad, la propia imagen o ambos. En este sentido, los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados en el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído de intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad¹⁷⁶. Por lo tanto, el bien jurídico protegido es el derecho a la propia imagen, pero no en general, sino en relación con la protección de la intimidad¹⁷⁷.

Como establece la STS 379/2018¹⁷⁸, se pueden entender diversos conceptos en distintos países; “riservatezza” en Italia, “vie privéé” en Francia, “privacy” en países anglosajones y en Alemania “privatsphäre”, pero todos ellos coinciden en la existencia

¹⁷⁵ MARTÍNEZ OTERO, Juan. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Derecom*. Nº12. 2013. 7-8.

¹⁷⁶ STS 1328/2009, 30-12 (ROJ 8457/2009).

¹⁷⁷ BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 99.

¹⁷⁸ STS 1328/2009, 30-12 (ROJ 8457/2009); STS 379/2018, 23-07 (ROJ 2950/2018).

de una esfera de privacidad¹⁷⁹ que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros¹⁸⁰.

A estos efectos, cabe hablar de la intimidad y de la evolución que ha sufrido en nuestra jurisprudencia, pues en un primer momento, se configuraba como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola como un derecho de corte garantista o de defensa¹⁸¹. Con posterioridad, a partir de la STC 134/1999¹⁸², la intimidad pasa a concebirse como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público; “el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público”. Por lo tanto, el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros, sean esos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida¹⁸³.

Por lo tanto, el nuevo delito contra la intimidad gravita en la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento de la víctima. Hasta lo comentado y en forma de resumen, la novedosa figura delictiva responde al vacío, laguna legal derivada de la generalización del uso de las nuevas tecnologías, singularmente de la comunicación, que bascula en la captación consentida por la víctima de imágenes o grabaciones tomadas en un contexto de intimidad -no solo desde la dimensión personal, sino también espacial como veremos más adelante- que posteriormente son divulgadas sin su autorización. Por lo tanto, lo que pretende el Legislador, es salvar las señaladas lagunas del anterior art. 197 CP, pues este precepto únicamente contemplaba supuestos en los que esa captación no era consentida¹⁸⁴.

¹⁷⁹ El bien jurídico se centra en la protección del “ámbito privado”, lo que, desde la perspectiva semántica de la RAE, se concibe como “particular y personal de cada uno”, viniéndose a denominar “privacidad” SAP 95/2018, 23-02 (ROJ 3681/2018).

¹⁸⁰ SAP M 580/2018, 25-09 (ROJ 14232/2018).

¹⁸¹ STS 379/2018, 23-07 (ROJ 2950/2018).

¹⁸² STC 134/1999, 15-07 (ECLI:ES:TC:1999:134).

¹⁸³ SAP 360/2016, 08-11 (ROJ 876/2016).

¹⁸⁴ SAP 95/2018, 23-02 (ROJ 3681/2018).

(ii) *Conducta típica.*1) *Elemento objetivo.*

La conducta del “sexting”, se construye sobre dos estadios; el primer, en el que el material se obtiene con consentimiento del afectado y sobre un segundo, en el que la difusión se produce sin tal consentimiento como veremos a continuación¹⁸⁵.

a) *Conductas del tipo.*i) *Difundir, revelar, o ceder a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales sin la autorización de la persona afectada.*

La descripción del tipo nos ofrece una acción típica básica que consiste en la “difusión¹⁸⁶”, “revelación¹⁸⁷” o “cesión¹⁸⁸” de imágenes o grabaciones audiovisuales¹⁸⁹, a las cuales se adiciona un elemento subjetivo¹⁹⁰ del injusto consistente en la necesaria concurrencia de la intención de menoscabar la intimidad ajena.

En esta línea, la SAP BU 360/2016¹⁹¹, considera que concurren todos los presupuestos necesarios del tipo, puesto que, en el caso concreto, el acusado había divulgado imágenes íntimas de la denunciante, mediante remisión telefónica de archivos a través de la aplicación denominada WhatsApp sin su consentimiento y con una clara finalidad de perjudicar su reputación. La falta de autorización de la víctima habrá de ser valorada en cada supuesto concreto de acuerdo con las circunstancias concurrentes, por lo tanto, la declaración de la víctima constituirá, sin duda alguna, un elemento esencial.

¹⁸⁵ Wolters Kluwer. Descubrimiento y revelación de secretos. *Guías Jurídicas*. 2018. 5.

¹⁸⁶ La RAE. 08/01/2019 <http://dle.rae.es/?id=DkTKH1I>, define la acción de “difundir” en su acepción número tres como “propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.”.

¹⁸⁷ La RAE. 08/01/2019 <http://dle.rae.es/?id=WMv8YhT>, define la acción de “revelar” en su acepción número uno como “descubrir o manifestar lo ignorado o secreto”.

¹⁸⁸ La RAE. 08/01/2019 <http://dle.rae.es/?id=860623H>, define la acción “ceder” en su acepción número uno como “dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho”.

¹⁸⁹ De las tres acciones se deduce que, de ellas, parece tener una mayor potencialidad lesiva la de “difundir”, ya que es el propio sujeto activo el que divulga o propaga el material obtenido a un número indeterminado de personas y este, por lo tanto, pierde el control sobre las imágenes o grabaciones descubiertas o cedidas, multiplicándose la capacidad ofensiva para el bien jurídico. DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 14.

¹⁹⁰ Wolters Kluwer. Descubrimiento y revelación de secretos. *Guías Jurídicas*. 2018. 5.

¹⁹¹ SAP BU 360/2016, 08-11 (ROJ 876/2016).

En cualquier caso, como establece la SAP BU 228/2018¹⁹², no resulta necesario acreditar la negativa expresa, sino que es suficiente con la no constancia de autorización, situación a la que han de equipararse los supuestos de falta de conocimiento por parte del afectado de la ulterior cesión o distribución.

El nuevo tipo penal se refiere de forma específica a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona. Lo que entiende la CFGE¹⁹³, que por estos hay que entender tanto los contenidos que son perceptibles únicamente por la vista, como los que pueden ser captados por el oído y la vista de forma conjunta y también aquellos que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. Matiza la Circular que, en cualquiera de estas formas, aunque nuestro Legislador no excluya ni se pronuncie sobre ninguno de ellos, sumándole la difusión in consentida del contenido, son susceptibles de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado. No obstante, sino se trata de una grabación audiovisual, sino, por ejemplo, de una carta en la que se describe una relación amorosa compartida, la divulgación por el que la recibe y participó en esa relación no entraría en este supuesto¹⁹⁴.

Cuando el precepto se refiere a esa difusión, revelación o cesión a terceros, entiende por estos a aquellas personas ajenas al círculo íntimo en el que se han obtenido las imágenes¹⁹⁵. La SAP B 112/2016¹⁹⁶, en este sentido, entiende que la difusión a dos personas amigos de la pareja tiene entidad suficiente para atentar contra el derecho a la intimidad de la víctima, aunque esta sentencia considera que desplegó toda su eficacia al ser publicado en una red social a la que pueden acceder una pluralidad de personas, no solo aquellos a quienes les fue enviado en primer lugar, sino a todos aquellos que compartían las redes sociales con los receptores del vídeo -lo que también podrá ser tenido en cuenta a efectos de penalidad como veremos más adelante-. Incluso aun habiendo sido únicamente una persona a la que se hubiese enviado la imagen, pues como resuelve la

¹⁹² SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

¹⁹³ CFGE 3/2017, *sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*. 11.

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 239; BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer. 2018. 100.

¹⁹⁵ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

¹⁹⁶ SAP B 112/2016, 20-09 (ROJ 9925/2016).

SAP AL 76/2018¹⁹⁷, el tipo penal no requiere su difusión masiva o a una diversidad de destinatarios.

En la línea de la falta de consentimiento que requiere el tipo para que este se cumpla cuando las personas que aparecen en las imágenes fueran varias, la difusión solo será atípica si hubieran accedido a la misma todas y cada una de las personas que figuran en la misma o en la grabación. No obstante, a esos efectos, ha de tenerse en cuenta que se trata de un delito únicamente perseguible a instancia del agraviado o de su representante legal, por lo que cabe deducir, que únicamente podrá denunciar el hecho quien, no habiendo autorizado su distribución, se hubiese visto perjudicado por la misma¹⁹⁸.

ii) Obtener imágenes o grabaciones con anuencia en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

La particularidad del art. 197. 7 CP, radica en que el titular del bien jurídico protegido ha permitido, en un determinado momento, el acceso de un tercero a una parcela privada de su intimidad. Por lo tanto, contamos con un consentimiento inicial para penetrar en terrenos propios y privados del sujeto pasivo¹⁹⁹. Es en todo punto evidente que una cosa es la aquiescencia sobre la realización de una grabación para el uso privado de dos personas y otra cosa bien distinta es que aquel consentimiento abarque necesariamente su difusión que indudablemente afecta a la dimensión de la intimidad, entendida como se ha hecho precedente, en la privacidad o protección de lo privado²⁰⁰. Por lo tanto, ese consentimiento no supone un “visado completo” para el uso que del material exhibido u obtenido pueda hacer el intruso autorizado²⁰¹. En principio, parecería que el que consiente en que otra persona comparta o acceda a su intimidad debe aceptar ese riesgo de que la misma pueda después revelar datos de esa intimidad a terceros. No cabe duda de que existe ese riesgo, pero eso no autoriza ni legitima a quien tiene acceso

¹⁹⁷ SAP AL 76/2018, 14-02 (ROJ 443/2018).

¹⁹⁸ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

¹⁹⁹ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 8.

²⁰⁰ SAP 95/2018, 23-02 (ROJ 3681/2018).

²⁰¹ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 8-9.

o comparte esa intimidad a difundirla a terceros cuando tal divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona²⁰².

El requisito de que se hubiese “obtenido con su anuencia en un domicilio o en un lugar fuera del alcance de las miradas de terceros”, hace referencia a una modalidad de acción de obtención en espacio íntimo en el que se ha realizado la grabación con anuencia, -la palabra anuencia significa consentimiento, acción y efecto de consentir, y, por lo tanto, significa permitir algo. Se trata de una conducta que solo podrá ser cometida por aquél que ha obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con el consentimiento de la víctima²⁰³-, por lo que cualquier modalidad de “obtención” de la grabación, no está sancionada en el precepto²⁰⁴.

Cuando el tipo requiere que esas imágenes o grabaciones audiovisuales hubieran sido obtenidas con anuencia de la víctima en un domicilio, la interpretación de este concepto, ofrece menos complejidad que el referente a “o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. Pues bien, a estos efectos, la STS 731/2013²⁰⁵ - entre otras sentencias a las que hace referencia en la misma-, afirma que el concepto de domicilio ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección de la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su “yo anímico” en múltiples direcciones. Por lo que, entendido en este contexto, el domicilio es el reducto último de la intimidad personal y familiar y, a tal fin, es indiferente que se trate del correspondiente a la víctima, al agresor o a un tercero²⁰⁶.

La segunda de las expresiones ofrece mayor problemática a efectos probatorios. En teoría podría incluirse en esta expresión cualquier lugar cerrado, como un local comercial no abierto al público, o también un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que determinar que reúne las garantías suficientes de privacidad, por lo que se acredite

²⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 239.

²⁰³ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

²⁰⁴ SAP A 153/2018, 12-03 (ROJ 159/2018).

²⁰⁵ STS 731/2013, 07-10 (ROJ 5271/2013).

²⁰⁶ CFGE 3/2017, *sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*. 2017. 12; SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

que esas imágenes o grabaciones se obtuvieron en un contexto de estricta intimidad y fuera de la percepción de terceros como exige el tipo²⁰⁷, es decir, se pueden incluir las relaciones íntimas mantenidas en un lugar público, aunque al abrigo de las miradas de terceros, por ejemplo, en un lugar apartado de un parque público o en una playa desierta, por lo tanto, su divulgación por uno de los participantes en el acto, sin el consentimiento del otro, entraría en el apartado 7 del art. 197 CP²⁰⁸.

De todo ello cabe decir que, cuando hablamos de nuevos tipos penales, suelen plantearse problemas vinculados con su alcance, sobre todo cuando son tipos de nuevo cuño fruto de sucesos concretos que adquieren rango de mediáticos y en lo que se traduce es en movimientos legislativos inmediatos. Cuando ello sucede, el principio de legalidad impide sancionar las conductas que no se encuentren claramente contenidas en la descripción típica, pues de otro modo, como establece la SAP BU 228/2018²⁰⁹, el tipo no desempeñaría función alguna de garantía. Lo que ocurre en el caso recogido en la SAP NA 165/2018²¹⁰, pues en la acción desarrollada por el expedientado, en el elemento del tipo “obtención”, no concurren los presupuestos que en aquélla se establecen, como hasta ahora hemos ido analizando, ya que la grabación había sido remitida voluntariamente, es decir, la obtención de la grabación por el expedientado no tuvo lugar en la forma descrita por el tipo penal, a pesar de que la obtuvo con anuencia de la víctima, pues ésta se la envió a su móvil, y su difusión también pudo afectar gravemente a la intimidad personal.

²⁰⁷ CFGE 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. 12-13; SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 174.

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 240.

²⁰⁹ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

²¹⁰ No debemos olvidar, como así deja constancia y nos recuerda una consolidada doctrina constitucional -STC 38/2003, de 27 de febrero-, que la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, lo que se traduce, por lo tanto, en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones. Esta exigencia lo es, tanto para el Legislador como para los órganos judiciales, pues los jueces y tribunales se hallan sujetos al principio de tipicidad, tanto obligados a una sujeción estricta a la ley penal, como una evidente negación a la interpretación extensiva y a la analogía, es decir, no cabe una exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y los límites que ellas mismas determinan. SAP NA 165/2018, 26-06 (ROJ 293/2018).

Por lo tanto, esto se traduce en la vulneración del principio de legalidad penal con infracción de la garantía de taxatividad, y, por lo tanto, a una sentencia absolutoria²¹¹, pues el apartado 7 del art. 197 CP, parece referirse sólo a casos en los que el que difunde la grabación ha participado también en la misma²¹². No obstante, es contrapuesta la SAP V 528/2017²¹³, donde se condena a 3 meses de prisión al sujeto activo, el cual habiendo conocido a la víctima a través de “Badoo”, tras varias conversaciones consigue el WhatsApp de ésta, sucediéndose varias en las que el sujeto activo le pide que le envíe fotos y videos desnuda de cintura para arriba. A lo que ésta accede y tras unos días después de que la misma en un posteriori encuentro se hubiese negado a mantener relaciones sexuales con el condenado, cuelga esa foto en un edificio en pleno centro de la ciudad con la expresión “ofrezco compañía por ayuda económica” y su número de teléfono²¹⁴.

b) Sujetos del delito.

i) *Sujeto activo del delito.*

A efectos de determinar el culpable criminal de esta conducta que venimos analizando, cabe destacar que, de las posibilidades que nos ofrecen las nuevas tecnologías, dentro de una de ellas, el reenvío en forma instantánea de imágenes o grabaciones a un sinnúmero de personas -RT-, y de los requisitos del tipo se nos plantea una duda; ¿lo será solo quien habiendo obtenido directamente la imagen íntima la difunde con posterioridad sin el consentimiento de la víctima? O también todos aquellos que, habiendo recibido dicha imagen o grabación como consecuencia del primer envío, o de

²¹¹ Lo que cierra la posibilidad de que la persona investigada, encausada o acusada, hubiera obtenido la grabación mediante la recepción de las imágenes o grabaciones en lugar distinto del domicilio de la persona afectada. Y siendo así, la única interpretación lógica, según establece la SAP 302/2017, 24-04 (ROJ 2971/2017), es la que precisa de la captación de la imagen o grabación directamente por el sujeto activo del delito con la “anuencia” de la víctima. SAP A 153/2018, 12-03 (ROJ 159/2018).

²¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. 239.

²¹³ SAP V 528/2017, 07-09 (ROJ 4005/2017).

²¹⁴ Cabe mencionar que durante el trámite parlamentario del Grupo Parlamentario Socialista se introdujo una enmienda que hacía referencia expresa a las imágenes o grabaciones realizadas directamente por la persona afectada “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 víctima, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla realizadas por ella o con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad a la que se refiere el párrafo anterior”, la enmienda fue rechazada. SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

una sucesión de ellos, ¿la distribuyen a su vez a otras personas? En este caso, es clara la redacción de la SAP BU 228/2018²¹⁵ ya que establece esta que “teniendo en cuenta la redacción de este precepto, el mismo se configura como un delito “especial propio”²¹⁶”, del que únicamente serían autores aquel o aquellos que, habiendo obtenido con la anuencia de la víctima la imagen o grabación comprometida, inician, sin autorización del afectado, la cadena de difusión cediendo o distribuyendo dichos contenidos íntimos a otros, ajenos inicialmente a esa inicial relación con la víctima y a la obtención, por tanto, de la imagen o grabación comprometida”. Lo que nos deja claro que por sujeto activo del delito solo puede resultar aquél que ha obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones audiovisuales de éste, y las extrae del reducto de la intimidad de la víctima mediante la realización de la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el material conseguido²¹⁷.

De lo comentado no cabe descartar las figuras de participación recogidas en el art. 28 y 29 CP, las mismas pueden concurrir en sus diferentes formas. Pues cabría hablar de coautoría cuando dos o más personas comparten el dominio del hecho y obtienen las imágenes que posteriormente y sin autorización distribuyen, y la cooperación necesaria y la inducción en quienes, sin haber intervenido en la obtención de la imagen, y antes de la inicial transmisión, inducen o cooperan con los autores en la divulgación o cesión de los contenidos a otras personas. Es igualmente factible la participación como cómplice por parte de quien, sin estar incluido en los anteriores supuestos, colabora en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos²¹⁸.

Ahora bien, ¿qué ocurre con esos terceros que sin haber intervenido en la acción inicial reciben con posterioridad la imagen o grabación audiovisual y lo transmiten a otras personas distintas? En este caso, como establece la SAP BU 228/2018²¹⁹, estos

²¹⁵ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

²¹⁶ CGPJ. *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal*. 2013. 183.

²¹⁷ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 12.

²¹⁸ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

²¹⁹ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 13; SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

comportamientos únicamente podrían dar lugar a la utilización de los mecanismos establecidos en la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o, en caso de que esas transmisiones de contenidos comprometidos se lleven a cabo a terceros, con el conocimiento de que la difusión se está llevando a efecto sin contar con la autorización del afectado y que la misma, atendiendo al contenido material, puede menoscabar gravemente la integridad moral de la víctima, la valoración de la comisión como un posible delito contra la integridad moral recogido en el art. 173. 1 CP. Para el caso en el que recibidas las mismas se conoce la falta de autorización de la víctima y las difunde en una ulterior oleada, la SAP BU 228/2018²²⁰, podría plantear incluso un problema de autoría en cascada.

ii) Sujeto pasivo del delio.

Las personas afectadas serán aquella o aquellas cuya intimidad se vea menoscabada por la cesión o distribución in consentida de las imágenes que protagoniza o en las que se encuentra reflejada²²¹.

Como veremos en esta línea más adelante, las características que presente la víctima, podrán ser detonante de la aplicación en el caso concreto del tipo agravado recogido en el párrafo segundo del apartado 7 del art. 197 CP -cuando sea o haya sido cónyuge o persona que esté o haya estado unida al sujeto activo por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección-, a lo que se hará mención en su debido momento.

2) Elemento subjetivo.

El tipo ante el que nos encontramos se trata de un delito de resultado²²², pues como ya hemos visto exige un efectivo menoscabo de la intimidad, pero no estamos hablando de cualquier menoscabo, pues se requiere que la lesión de la intimidad personal sea “grave”, lo que plantea un grave problema de indefinición y puede generar dudas acerca de qué conductas cumplen con los requisitos del tipo penal y cuáles no. Podemos decir, que es evidente que, en el ámbito del terreno sexual, en términos generales, el delito se

²²⁰ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

²²¹ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

²²² DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 12; SAP B 302/2017, 24-04 (ROJ 2971/2017).

comete si las imágenes divulgadas tienen un contenido sexual evidente, tal como desnudos o genitales²²³. Pero, ¿qué ocurre cuando no es tan evidente? Por ejemplo, fotografías de la víctima en bañador o ropa interior tomadas con su consentimiento. En este sentido para determinar el grado de afectación del bien, debemos acudir al caso concreto y proceder a un análisis conjunto del contenido del material divulgado²²⁴. Por ejemplo, es complicado justificar que la divulgación de una imagen en ropa interior o bañador menoscaba gravemente la intimidad del sujeto si éste ha subido a las redes sociales fotografías de ese tipo o similares. En base a ello, la SAP B 302/2017²²⁵, se pronuncia sobre el contenido de varias imágenes, entendiendo que éstas no cumplen con el elemento subjetivo que requiere el tipo penal, pues varias de ellas se tomaron en lugares públicos -en este caso tampoco otros elemento del tipo como ya hemos visto-, en otras, aparecen el apelante y la denunciante dándose un beso o simplemente mirando a la cámara mientras sonríen; otra, la capta la propia denunciante fotografiándose con el bikini que le había regalado éste, motivo por el que se hizo la foto y se la mandó, en otra, la denunciante está vestida y tumbada sobre una cama, en otra, la denunciante aparece sosteniendo una copa de cerveza en la mano. Lo que entiende la juzgadora de instancia es que las imágenes no afectan a la intimidad de la denunciante de forma grave, sino que únicamente evidencian la existencia de una relación sentimental. Tampoco se ha considerado que se cumpla con este requisito, al no haber una identificación de la víctima en un caso²²⁶ en el que el sujeto activo coloca en su perfil de WhatsApp una fotografía de unos pechos al descubierto, el cual es visualizado por la madre de la víctima, pues la fotografía mostraba

²²³ Es evidente que en un caso donde es enviado por el sujeto activo a una amiga un correo electrónico con las dos fotografías del sujeto pasivo, en las que éste aparece desnudo, encima de una cama, abierta de piernas y con un chillo introducido en la vagina, tiene una afectación más que grave sobre la intimidad de la persona. SAP M 614/2018, 10-09 (ROJ 12663/2018).

²²⁴ CFGE 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. 2017. 16; DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 12; SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. 174.

²²⁵ SAP B 302/2017, 24-04 (ROJ 2971/2017).

²²⁶ SAP M 372/2017, 21-06 (ROJ 8861/2017).

unos pechos, pero esta no muestra detalles del rostro que permitan identificar a la persona del perfil. No dando por válida la argumentación por la acusación particular en relación al sujetador y al entender que éste puede ser reconocido como el de la víctima, pues entiende la sala que la prenda en si no puede ser la pauta para el reconocimiento, ya que lo que se aprecia en la misma es que ésta se levanta una prenda oscura con lunares, que puede ser un sujetador, que no está normalmente a la vista de terceros, o una camiseta, pero no exclusiva de Tatiana. Tampoco pueden apreciarse para llegar a una identificación de la persona detalles como las características del cabello o de las manos y en lo que concierne al tatuaje, al estar tapado por parte del cabello, no permite apreciarlo en su totalidad.

En otros casos si se ha considerado que esa vulneración del bien jurídico tiene carácter grave; donde queda probado que el video fue visto no solo por las hermanas, el acusado, y por otras cuantas personas más -a las que la sentencia hace referencia-, entendiéndose por obvio que esto lesiona gravemente la intimidad de una persona, pues se perjudica su consideración social en su ámbito comunitario²²⁷. Teniéndose en cuenta el contenido material, pues para que pueda asimilarse como ataques graves contra la privacidad la captación de imágenes deberá ser sensible como así establece la SAP B 95/2018²²⁸. “Una fotografía del cuerpo desnudo, es una imagen íntima de la persona afectada, cuya recepción en un primer momento responde al deseo de compartir esa intimidad, pero que no autoriza al receptor a su divulgación, y que cuando lo hace, con el envío a la nueva pareja de la afectada, tiene una clara intencionalidad de menoscabo de la dignidad. Lo que determina el rechazo del recurso²²⁹”. Aunque cabe decir que las imágenes o grabaciones audiovisuales captadas no tienen por qué tener un carácter necesariamente social -pueden tratarse de imágenes relacionadas con ritos o prácticas espirituales o de un tipo de actividad considerada íntima-, y en este caso, podríamos decir que, el ámbito de este apartado del art. 197 CP excedería del “*sexting*” o porno vengativo

²²⁷ Los comentarios que el círculo social de la denunciante emite tras colgarse el video, no dejan lugar a dudas sobre el hecho de que, no solo ellos reconocen a ésta como protagonista del video, sino que los comentarios negativos y denigrantes, de burla, menosprecio dirigidos a la misma, dejan claro el grave perjuicio sufrido. SAP VA 290/2017, 06-10 (ROJ 1167/2017).

²²⁸ SAP B 95/2018, 23-02 (ROJ 3681/2018).

²²⁹ SAP M 580/2018, 25-09 (ROJ 14232/2018).

en sí, pues podrían incluirse como objeto material del “núcleo duro” de la intimidad (sexualidad, salud, creencias religiosas, orientación política...) ²³⁰.

Podríamos decir que se trata de un factor que, de alguna forma, impregna toda la interpretación del delito analizado, pues para que la acción sea típica, como hemos visto, será necesario que la imagen o grabación tenga una naturaleza esencialmente reservada. También que se haya tomado en un marco estrictamente privado y que su difusión pueda provocar una seria injerencia en el ámbito personal de la intimidad del afectado, porque como establece la CFGE ²³¹, solo en ese caso, el conocimiento por terceros de dicho contenido podría generar una grave afectación en su derecho a la intimidad personal.

3) Penalidad.

El art. 197.7 CP establece un castigo para dicha conducta de una “pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses”. Esta pena se impondrá en su mitad superior si los hechos se hubiesen cometido “por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unido a él por análoga relación de efectividad, 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”.

La diferencia es plausible en tanto hay dos momentos en la conducta reprochable, la primera, en la que hay un consentimiento, y, por lo tanto, por si sola estaría libre de tipificación, es decir, la obtención de esa imagen o grabación audiovisual con anuencia de la víctima, pero que, dándose un segundo presupuesto, el mismo que ha justificado, como hemos apreciado, la tipificación de la conducta, la difusión, revelación o cesión a terceros de ese material sin consentimiento del sujeto pasivo. El castigo en estos casos es evidentemente inferior a la pena que correspondería imponer a quien no ha contado con esa anuencia ni para la obtención del material ni para su difusión, conducta que se encuentra regulada en nuestro CP, concretamente en los apartados 1 y 3 del art. 197. Para estos casos, hablaríamos de un castigo correspondiente a una pena de prisión que oscilaría entre los 2 y 5 años, la cual podría verse aumentada en su mitad superior si el objeto

²³⁰ MARTÍNEZ OTERO, Juan María. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Derecom*. Nº12. 2013. 9; DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 11.

²³¹ CFGE 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. 2017. 16.

material del caso se corresponde con datos sensibles tales como la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o afecten a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesaria de especial protección, como así recoge el art. 197. 5 CP.

Pues bien, como hemos visto, el juzgador podrá imponer una pena alternativa de prisión de entre 3 meses a 1 año o de multa de entre 6 a 12 meses. Para ello tendrá en cuenta las circunstancias del caso concreto, así en la SAP B 688/2016²³², a la que ya hemos hecho mención, el juzgador impone una pena de 7 meses y 16 años de prisión a la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197. 7 CP, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y, conforme a lo dispuesto en los art. 57 y 48 CP, se impone una prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, trabajo o cualquier otro lugar que ésta frecuente, a una distancia no inferior a 1.000 metros, así como la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio, imponiéndole esa prohibición por un tiempo de 2 años.

Para imponer esta pena, como establece la propia sentencia, la Juez de lo Penal, se apoya, para fijar la pena, en los motivos o razones que llevan a fijar el quantum concreto de la misma, ciñéndose esencialmente en las circunstancias de los hechos y de forma “muy especial” al contenido de las imágenes difundidas. El caso se centra en juzgar unos hechos correspondientes con la difusión de un video grabado en la intimidad y de contenido sexual en la red social Facebook. Dicho esto, la sentencia recuerda que respecto a la pena -como hemos dicho- la juzgadora en este caso podría haber acudido a una pena de prisión o multa, efectuando su selección por la primera, pues la misma ha ponderado que la difusión fue a dos personas que eran amigos de la pareja, y, por tanto, la conducta tendría entidad suficiente para atentar contra el derecho a la intimidad de la víctima, como requiere el tipo. Y, que desplegó toda su eficacia al ser publicado en una red social a la que pueden acceder una pluralidad de personas, por lo tanto, de ahí entiende la AP que la selección de la pena es adecuada a la acción sancionada.

a) Subtipos agravados.

Llegados a este punto y analizado el tipo básico, cabe hablar de los subtipos agravados que presenta este delito. Para ello el art. 197. 7 II CP, impone la pena en su mitad superior cuando se den las siguientes circunstancias;

²³² SAP B 688/2016, 20-09 (ROJ 9925/2016).

- i) *Si los hechos se hubiesen cometido por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unido a él por análoga relación de efectividad, aun sin convivencia.*

La introducción de la primera de las circunstancias cualificadas del tipo fue consecuencia de la sugerencia referida en el informe del CGPJ al Anteproyecto de la reforma del Código Penal²³³ cuando establece la misma que “se echa de menos que no se haya previsto una agravación cuando la víctima sea el cónyuge o ex cónyuge del sujeto pasivo o persona que conviva o haya convivido con él o mantenga o haya mantenido una relación análoga; excluyendo en este caso la pena de multa”.

De la actual redacción de nuestro CP a la referida por el CGPJ en el Informe, hay una clara diferencia, este último hace referencia, no solo a que la víctima sea cónyuge, sino que también presente otra alternativa y es la de que la misma sea ex cónyuge. Esta “omisión” en la presente redacción ha sido criticada²³⁴, no obstante, de esta parte entendemos que “esté o haya estado ligada”, presenta un tiempo presente al que se entiende claramente que la relación entre ambos, en el momento de los hechos aún subsiste. Mientras que el “haya estado ligada”, hace referencia a la relación que previamente a los hechos existió y que en el momento de los mismo ya no existe, lo que consideramos se refiere al ex cónyuge de toda la vida -que lo fue, pero cuando se dieron los hechos, ya no-. Por lo tanto, de nuestra riqueza en el lenguaje, no es considerado que haya que forzar esta interpretación, ni que esa inclusión de la relación conyugal finalizada tenga que ser extendida al tipo más allá de lo que ha sido tipificado o con el fin de que se intente integrar “con calzador” esta relación concluida entre las de análoga relación de efectividad.

El art. 197. 7 II CP tiene una indudable y notable incidencia dentro del ámbito de la violencia sobre la mujer, viéndose así ampliado el ámbito de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, incluyendo en el catálogo del art. 87 ter²³⁵ de la

²³³ CGPJ. *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal*. 2013. 184.

²³⁴ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 15-16.

²³⁵ Redactada por el apartado 25 del artículo único de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y contra el honor.

ii) Si la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

La agravación de las penas previstas en el tipo básico cuando se dan las circunstancias en atención a la vulneración de la víctima, se encuentra en concordancia con la previsión del art. 197. 5 CP, que establece las mismas consecuencias, pero en este caso, cuando no haya una anuencia en la obtención del material objeto del caso concreto.

El presupuesto de que la víctima fuera menor de edad, no puede llevarnos a confusión con respecto este tipo de delitos cuando la víctima sea menor de 16 años. La LO 5/2010 compartió una nueva reforma del tratamiento legal de los delitos de naturaleza sexual, introduciendo en la misma un nuevo capítulo dentro del Título VIII “delitos contra la libertad y la indemnidad sexual” del libro II del Código Penal, el Capítulo II bis, “de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”²³⁶. Ésta se justifica en el mayor contenido de injusto de los delitos de carácter sexual cuando son víctimas los menores de 13 años, hasta la reforma del 2015, que sufre un aumento de la edad de consentimiento a los 16 años.

Por tanto, asumiendo que muy frecuentemente las imágenes y videos tienen un contenido sexual, como demuestra la práctica, debemos tener en cuenta que su elaboración sobre menores de edad o discapacitados podría ser constitutiva de un delito de elaboración de pornográfica infantil del art. 189 CP²³⁷.

Cuando hablamos de la comisión de un delito de esta índole y hablamos de un menor, la edad en la que se presta el consentimiento es importante, en tanto, si se dan las conductas necesarias para que se cumpla el tipo cuando hablamos de un menor de 16 años, estaríamos hablando de un delito de “sexting” recogido en el art. 183 ter 2 CP, mientras que si hablamos de un menor, pero éste tiene más de 16 años hasta los 18, hablaríamos del tipo agravado del delito de descubrimiento y revelación de secretos del

²³⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. El nuevo delito de acceso de niños con fines sexuales a través de las tic. *EPC*. 10/2011, N.º 31, 229.

²³⁷ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 16.

art. 197. 7 II CP. No solo se ve afectado en si el tipo, pues produciría tal circunstancia un salto del mismo, sino que se vería una diferencia en la pena impuesta, ya que, si hablamos del “sexting” recogido en el art. 183 ter 2 CP, estaríamos hablando de una pena de prisión de entre 6 meses y 2 años. Mientras que si hablamos del delito de “sexting” recogido en el art. 197. 7 II CP, estaríamos hablando de una pena de prisión de hasta 1 año.

b) Problemas concursales.

A lo que a problemas concursales de esta figura delictiva con otros tipos penales se refiere, cabe hablar de dos principalmente. Por un lado, si atendiendo a la naturaleza de las imágenes, éstas no solo lesionen la intimidad personal del sujeto, sino que afecten gravemente a la integridad moral de la víctima, puede ser apreciado un concurso ideal entre ambos delitos en relación al art. 77.2 CP²³⁸.

Por otro lado, cabe referirnos también al art. 189 CP, cuando las imágenes obtenidas y con posterioridad difundidas afecten a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección, teniendo la consideración de material pornográfico. Nos podemos encontrar ante la aplicación de un concurso ideal entre la agravación recogida en el párrafo segundo del art. 197.7 CP y el apartado primero del art. 189 del mismo texto legal, pues no estaríamos solamente ante una afectación de la intimidad, sino que también afecta a la intimidad de los menores que como hemos visto se encuentra recogido y protegido en los delitos de pornografía infantil²³⁹.

c) Régimen de perseguibilidad.

Se trata de un delito únicamente perseguible a instancia del agraviado²⁴⁰ o de su representante legal, como así lo establece el art. 201 CP, por lo que únicamente, quien no habiendo autorizado la distribución del material y se ve perjudicado por el mismo, podrá denunciar ese hecho²⁴¹. Reconociéndose esta posibilidad al Ministerio Fiscal en caso de

²³⁸ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 17; FGE. *Memoria elevada al Gobierno de S. M.* 2018. 63.

²³⁹ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 17; FGE. *Memoria elevada al Gobierno de S. M.* 2018. 63-64.

²⁴⁰ CFGE 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. 2017. 13-14.

²⁴¹ SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

que la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida²⁴².

Este delito es de carácter semipúblico, ya que atendiendo al art. 201 CP, el perdón del ofendido o su representante legal extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 130. 1. 5º CP, relativo, éste último, a los supuestos de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En consecuencia, el perdón de la persona cuya imagen hubiera sido difundida sin su autorización, producirá el indicado efecto cuando haya sido prestado de forma libre y voluntaria²⁴³.

²⁴² DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *CEJ*. 2017. 17.

²⁴³ CFGE 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. 14; SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018).

CONCLUSIONES.

I. Antecedentes y desencadenante.

Tanto en el delito de “*sexting*” como en el de “*stalking*”, su tipificación se ve justificada en el mismo argumento. Pues como hemos visto, las conductas que se requiere para que se cumplan ambos estaban despenalizadas hasta la reforma 1/2015, lo que hasta la fecha se intentaba sufragar aplicando con calzador tipos vigentes, acabando por arrastrar el principio de legalidad reconocido en nuestro art. 25 CE y derivando en la mayoría de los casos en una sentencia absolutoria o al archivo de las actuaciones.

II. El tipo penal.

a) EL bien jurídico protegido.

En el delito de “*stalking*” el bien jurídico protegido es la libertad, pues, aunque en algunos casos se pone el acento sobre la seguridad, se enfatiza la afectación de la primera -viéndose criticado, por la defectuosa técnica jurídica y falta de precisión en detrimento de esa seguridad jurídica- la cual, se ve maltratada por esa obsesividad intrusa con una entidad que llega a condicionar las costumbres y hábitos como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento. Protege el derecho a vivir tranquilo y sin zozobra.

En el delito de “*sexting*” el bien jurídico protegido es la intimidad, garantizando al individuo un poder sobre una esfera de privacidad -la información relativa a una persona o su familia-, que cabe considerar secreto, en el sentido de poder imponer a terceros, sean esos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida.

b) La conducta típica

Para que hablemos de un delito de “*stalking*” el sujeto activo deberá llevar alguna de las conductas recogidas en el art. 172 ter. 1 CP. Estas por si solas no tienen entidad penal suficiente pues se requiere que cumplan con una serie de elementos comunes; que la conducta se dé de forma insistente y reiterada sin que el sujeto activo esté legitimado para ello, con una vocación de persistencia y una intencionalidad. Aunque nuestro legislador no ha hecho mención al número de veces que se deben de dar esas conductas, varios autores consideran que un único acto no es suficiente. No obstante, entendemos de esta parte que debe ser analizado el caso concreto, pues como hemos visto cabe la publicación de un solo anuncio en un medio de comunicación o internet que en consecuencia someten a la víctima a la recepción de continuas llamadas. Lo que perfectamente puede dar lugar a una alteración del desarrollo de la vida cotidiana. El

mismo se trata de otro requisito del tipo, lo que le convierte en un delito de resultado y por lo tanto su cumplimiento depende íntimamente de la víctima y de su capacidad de aguante en relación a esa conducta de hostigamiento por parte del sujeto activo, lo que es criticado por esta parte, que entiende que debería de tratarse de un delito de idoneidad en tanto la actuación del autor sea suficientemente capaz para provocar una alteración en el estilo de vida de quien la sufre.

A lo que se refiere en el delito de “*sexting*”, cabe destacar dos momentos, el primero, referente a la obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales con el consentimiento de la víctima, lo que desde el punto de vista limita la aplicación en sí mismo que esa obtención tenga que darse en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, pues, en este caso, quedaría fuera de tal reproche penal los casos en los que la víctima ha llevado a cabo la captura de la imagen o la grabación audiovisual y de forma voluntaria la ha enviado por una aplicación de mensajería instantánea, procediendo el receptor a su publicación sin que el primer consentimiento alcance a esta segunda acción. Por otro lado, se requiere su difusión, revelación o cesión de tales imágenes o grabaciones sin la autorización de la persona afectada. No requiriendo para que se dé este elemento una negativa expresa, pues basta con que no se dé la autorización que requiere el tipo, pues el primer consentimiento de obtención no se trata de un visado completo para su difusión, revelación o cesión.

c) Elemento subjetivo.

El delito de “*stalking*” se trata de un delito eminentemente doloso, en tanto se requiere que el elemento cognoscitivo y volitivo abarque no solo esa reiteración e insistencia en la realización de las conductas, sino también la relevancia de las mismas en el resultado, es decir, que, llevando a cabo tales hechos con esos elementos, la vida cotidiana de la persona se ve gravemente alterada.

El delito de “*sexting*” requiere la concurrencia de un elemento subjetivo correspondiente con la afectación de forma grave de la intimidad de la personal. Lo que requiere el análisis del caso concreto, pues determinadas imágenes o grabación no dan lugar a dudas de que cumplen con este elemento de efectividad en la intrusión del bien jurídico, pero con otras no sería tan evidente. Lo que es claro es que esa imagen o grabación deberá ser de naturaleza reservada y que sumado a ese conocimiento por terceros que requiere el tipo, pueda afectar de forma grave a la intimidad personal.

III. Penalidad

a) Subtipos agravados.

En relación al delito de hostigamiento, el tipo presenta un doble nivel de cualificación, el primero, referente al que se cometa contra una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación. El segundo, para los casos en los que el sujeto pasivo del delito se trate de una de las personas recogidas en el art. 173. 2 CP. Este doble nivel de agravación, para esta parte, no es correcto en tanto, la diferente pena impuesta para los dos casos no está justificada, menos aun cuando hay una equiparación en su agravación recogida en el art. 46 del Convenio de Estambul y cuando, a efectos prácticos, el sujeto pasivo puede tratarse tanto del recogido en el art. 172. ter. 1 II CP como el del art. 172 ter 2 CP en relación con el art. 173. 2 CP.

La pena en el delito de “*sexting*” se verá incrementada en su mitad superior en caso de que los hechos se hubiesen cometido por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unido a él por análoga relación de efectividad, aun sin convivencia. Esta parte no comparte las críticas con respecto a la falta de referencia al ex cónyuge, pues entiende que cuando este apartado hace alusión al “haya estado ligada”, creemos que es clara referencia a una persona con la que se tuvo una relación y en el momento de los hechos ésta no sigue vigente. Es clara la incidencia en la violencia de género lo que conlleva a la ampliación de las competencias de los Juzgados de Violencia contra la Mujer recogidos en el art. 87 ter LOPJ. Por otro lado, el hecho de que el sujeto pasivo se trate de un menor de edad, puede dar lugar, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces el objeto material tiene un contenido sexual, puede dar lugar a otro tipo de delitos recogidos en el Capítulo II bis, del Título VIII “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”; “de los abuso sexuales a menores de dieciséis años”, pudiendo tratarse de un delito de pornografía infantil del art. 189 CP o un delito de “*sexting*” recogido en el art. 183 ter 2 CP. De ahí la importancia del análisis del caso concreto, de las condiciones y circunstancias que presenta la víctima y del contenido material objeto del procedimiento

b) Problemas concursales.

El art. 173 ter 3 CP, recoge una modalidad de concurso real. Lo que podría vulnerar el principio *ne bis in idem* en tanto los ilícitos que se cometan vulneren el mismo bien jurídico, la libertad. Pudiendo estar justificada la aplicación de este concurso en la pluriofensividad de los bienes jurídicos o sufriendo esta cláusula una interpretación

restrictiva y procediéndose a la inaplicación de este tipo cuando estuviésemos hablando de delitos de violencia psicológica o que atenten contra la libertad de obrar del sujeto.

El art. 197. 7 CP puede plantear conflicto con otras figuras penales, como puede ser la modalidad agravada del segundo párrafo con el delito de pornografía infantil recogido en el art. 189. 1. b), así como el primero con respecto al delito contra la integridad moral del art 173. 1 CP. En ambos supuestos se plantea una situación de concurso ideal entre ambos delitos de conformidad con el art. 77. 2 CP.

c) Régimen de perseguibilidad.

El tipo básico y el subtipo agravado de primer nivel atendiendo al apartado cuarto del art. 172 ter CP, tienen la característica de privados en tanto se requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para que estos sean perseguibles. Mientras que el apartado dos del art. 172 ter CP, presenta una excepción para los casos en los que el sujeto pasivo sea alguno de los recogidos en el art. 173. 2 CP, caracterizándolo como delito público, para los casos de violencia de género y doméstica, dejando fuera de este apartado a las personas especialmente vulnerables por razón de la edad, enfermedad o situación. Siendo, para esta parte, más acertado que el tipo básico, bien calificado como privado, lo siga siendo, mientras que ambos niveles de agravación lo sean de carácter público.

El delito de “*sexting*” se caracteriza por ser un delito privado, pues únicamente será perseguible a instancia del agraviado o de su representante legal. El perdón de alguno de ellos extinguirá la acción penal si el mismo hubiese sido prestado de forma libre y voluntario.

BIBLIOGRAFÍA.

ALTOZANO Manuel. *La “ciberintimidación” de Olvido Hormigos.* https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html

BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos.* Madrid: Wolters Kluwer. 2018. ISBN: 978-84-9020-743-7.

BOZA MORENO, Elena. Stalking: una nueva forma de acoso. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. ISBN: 978-84-9169-043-6.

CÁMARA ARROYO, Sergio. La primera condena en España por acecho o stalking. *Firma invitada (DIALNET).*

DA COSTA LOUREIRO, Rebeca. “on-line child grooming”: embaucamiento o captación de menores de dieciséis años por medios tecnológicos para la realización de actos sexuales. El hombre de la gabardina también se aloja en internet. Trabajo Fin de Grado. *Universidad de León.* 2017.

DÍAZ TORREJÓN, Pedro. Tratamiento penal del sexting. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. *Centro de estudios jurídicos.* 2017.

ESTEVE MALLENT, Lara. Violencia de género en el Código Penal español. Tesis doctoral. *Universidad CEU Cardenal Herrera.* Valencia, 2016.

GIL, Miguel Ángel. Los delitos de violencia de género en redes sociales y mediante instrumentos tecnológicos de la comunicación. N°58. *E-DICTVM.* 2016. <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/los-delitos-de-violencia-de-genero-en-redes-sociales-y-mediante-instrumentos-tecnologicos-de-comunicacion/14057/>

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. El nuevo delito de acceso de niños con fines sexuales a través de las tic. *Estudios penales y criminológicos.* 10/2011, N.º 31, 229.

GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. El nuevo delito del art. 172 ter del CP y el acoso telemático: crónica de un desiderátum represivo jurídico. *Revista Aranzadi.* N° 915/2016. Aranzadi, S. A. U. Cizur Menor. 2016.

HIDALGO, Olga. *El delito de “sexting” o el guiño del legislador a casos como el de Olvido Hormigos.* <http://www.olgahidalgo.com/2015/05/el-delito-de-sexting-o-el-guino-del.html>

JIMÉNEZ SEGADO Carmelo. La novedosa respuesta penal frente al fenómeno "sexting". *Actualidad jurídica Aranzadi*. N° 917, 2016. 6-7. ISSN: 1132-0257.

JUNQUERA Natalia. *Olvido Hormigos: "En dos horas todo el pueblo tenía mi video"*. https://elpais.com/sociedad/2012/09/06/actualidad/1346961227_206248.html

MAGRO SERVET, Vicente. *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484

MARTÍNEZ MUÑOZ. Carlos J. El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. ISBN: 978-84-9169-043-6.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Derecom*. N°12. 2013. ISSN: 1988-2629.

MARTÍNEZ QUIROGA, José Fernando. *Figuras delictivas en violencia de género cometidas a través de medios telemáticos*. Hostigamiento. 2016.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Delitos de acoso (artículo 172 ter). En: José L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.)/Ángela MATALLÍN EVANGELIO (Coord.)/Elena GÓRRIZ ROYO (Coord.) *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 978- 84- 9086-703-7.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *Nuevas formas de acoso: Stalking-cyberstalking-acoso-ciberacoso. Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MENDO, Álvaro. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 18. 2016. ISSN 1695-0194.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia. El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En: Francisco MUÑOZ CONDE (Dir.)/Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.)/Alfonso GALÁN MUÑOZ (Coord.). *Análisis de las reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del

ciberdelito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2011, 1-55. ISSN: 1695-0194. <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-07.pdf>.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 978-84-9119-058-5

PASCUAL ALFARO, Carlos. Aspectos procesales del stalking en el ámbito de la violencia de género. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018.

PUJOLS PÉREZ, Alejandra/ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Stalking: efectos en las víctimas, estrategias de afrontamiento y propuestas legislativas derivadas. *Revista para el análisis del Derecho. InDret*. 2017.

PUJOLS PÉREZ, Alejandra/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de «stalking» en el Código Penal español. En: Carolina Villacampa Estiarte (Coord.). *Stalking: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2018.

RODRIGO Borja. *Una mujer logra lo que Olvido Hormigos no pudo: ganar su juicio de “pornovenganza”*. https://www.elconfidencial.com/espana/2017-07-12/sentencia-porno-vengativo-olvido-hormigos_1414278/

ROIG TORRES, Margarita. Regulación del *stalking* en Alemania: la reciente reforma de delito de persecución (nachstellung) del § 238 STGB. *RGDP*, 29. 2018

SÁNCHEZ VILANOVA, María. El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor. *Revista General de Derecho Penal*. 29, 2018.

SIERRA LÓPEZ, Mª del Valle. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198. En: Juana DEL CARPIO DELGADO (Coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. ISBN: 978-84-9169-043-6.

Sin autor. *La Juez determina que no hubo delito contra la intimidad de Hormigos*. <https://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/22/espana/1366630787.html>

Sin autor. *Una concejal de los Yébenes (Toledo) dimite tras hacerse público un vídeo erótico privado*. <https://www.20minutos.es/noticia/1579203/0/dimite/concejala/video-erotico/>.

TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA. *El nuevo delito de acoso o stalking*. Barcelona. Wolters Kluwer. 2016. ISBN: 978-84-9090-160-1.

TEJADA, Elvira/MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, Ana M^a. Las conductas de ciberacoso en Derecho Penal. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de stalking. En: Luis LAFONT NICUESA (Coord.). *Los delitos de acoso moral: “mobbing”, “acoso inmobiliario”, “bullying”, “stalking”, “escraches” y “ciberacoso”. Adaptado a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. ISBN: 978-84-

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro. *ReCrim*. 2010. 33-57. ISSN: 1989-6352.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Iustel, 2009.

Wolters Kluwer. Descubrimiento y revelación de secretos. *Guías Jurídicas*. 2018.
Sin autor.

ANEXO.

Normativa.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

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

Instrumento de ratificación del 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.

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Jurisprudencia.

STC 134/1999, 15-07 (ECLI:ES:TC:1999:134)

STS 1380/2001, 11-07 (ROJ 6055/2001)

STS 1893/2001, 23-10 (ROJ 8187/2001)

SAP SE 188/2005, 19-04 (ROJ 4506/2005)

STS 628/2008, 15-10 (ROJ 7265/2008)

STS 61/2009, 20-01 (ROJ 187/2009)

SAP SE 92/2009, 10-02 (ROJ 813/2009)

SAP SE 147/2009, 05-03 (ROJ 1122/2009)

SAP SE 328/2009, 08-06 (ROJ 2169/2009)

STS 982/2009, 15-10 (ROJ 6736/2009)

SAP SE 59/2009, 23-12 (ROJ 4347/2008)

STS 1328/2009, 30-12 (ROJ 8457/2009)

STS 61/2010, 28-01 (ROJ 636/2010)

SAP SE 3/2012, 15-03 (ROJ 2959/2012)

STS 580/2012, 10-07 (ROJ 5106/2012)

STS 731/2013, 07-10 (ROJ 5271/2013)

SAP BU 111/2015, 23-09 (ROJ 307/2015)

SAP B 697/2015, 04-11 (ROJ 10676/2015)

SAP C 634/2015, 03-12 (ROJ 3321/2015)
SAP A 36/2016, 26-01 (ROJ 1474/2016)
SAP CS 60/2016, 26-02 (ROJ 1097/2016)
SAP A 155/2016, 18-03 (ROJ 711/ 2016)
SAP MA 107/2016, 23-03 (ROJ 394/2016)
SAP B 481/2016, 01-06 (ROJ 7808/2016)
SAP NA 155/2016, 30-06 (ROJ 438/2016)
SAP B 688/2016, 20-09 (ROJ 9925/2016)
SAP A 452/2016, 03-11 (ROJ 2984/2016)
SAP BU 360/2016, 08-11 (ROJ 876/2016)
SAP V 488/2016, 25-11 (ROJ 3725/2016)
SAP V 122/2017, 20-02 (ROJ 5379/2017)
SAP M 166/2017, 23-03 (ROJ 3911/2017)
SAP B 302/2017, 24-04 (ROJ 2971/2017)
SAP OU 132/2017, 26-04 (ROJ 284/2017)
SAP BU 133/2017, 27-04 (ROJ 449/2017)
STS 324/2017, 08-05 (ROJ 1647/2017)
SAP OU 148/2017, 09-05 (ROJ 289/2017)
SAP M 275/2017, 10-05 (ROJ 6052/2017)
SAP V 300/2017, 25-05 (ROJ 1464/2017)
SAP BU 170/2017, 26-05 (ROJ 559/2017)
SAP M 372/2017, 21-06 (ROJ 8861/2017)
SAP TE 23/2017, 21-06 (ROJ 101/2017)
SAP LU 122/2017, 28-06 (ROJ 404/2017)
SAP M 439/2017, 30-06 (ROJ 9653/2017)
SAP BU 218/2017, 03-07, (ROJ 679/2017)
STS 554/2017, 12-07 (ROJ 2819/2017)
SAP IB 346/2017, 25-07 (ROJ 1360/2017)
SAP M 491/2017, 25-07 (ROJ 10764/2017)
SAP IB 197/2017, 31-07 (ROJ 1440/2017)
SAP V 528/2017, 07-09 (ROJ 4005/2017)
SAP VA 290/2017, 06-10 (ROJ 1167/2017)
SAP M 556/2017, 11-10 (ROJ 12730/2017)
SAP CS 261/2017, 13-10 (ROJ 268/2017)

SAP M 683/2017, 06-11 (ROJ 17711/2017)
 SAP L 419/2017, 08-11 (ROJ 854/2017)
 SAP A 721/2017, 16-11 (ROJ 2556/2017)
 SAP J 432/2017, 22-11 (ROJ 1217/2018)
 SAP M 666/2017, 22-11 (ROJ 15867/2017)
 SAP PO 201/2017, 14-12 (ROJ 2482/2017)
 SAP M 805/2017, 20-12 (ROJ 17107/2017)
 SAP CC 2/2018, 03-01 (ROJ 5/2018)
 SAP SE 8/2018, 11-01 (ROJ 182/2018)
 SJP 19/2018, 23-01 (ROJ 7/2018)
 SAP IB 37/2018, 01-02 (ROJ 302/2018)
 SAP AL 76/2018, 14-02 (ROJ 443/2018)
 SAP B 95/2018, 23-02 (ROJ 3681/2018)
 SAP A 153/2018, 12-03 (ROJ 159/2018)
 SAP P 7/2018, 07-03 (ROJ 191/2018)
 SAP NA 72/2018, 26-03 (ROJ 66/2018)
 SAP NA 74/2018, 26-03 (ROJ 61/2018)
 SAP V 251/2018, 07-05 (ROJ 1048/2018)
 SAP BU 228/2018, 15-06 (ROJ 473/2018)
 SAP M 165/2018, 26-06 (ROJ 293/2018)
 STS 379/2018, 23-07 (ROJ 2950/2018)
 STS 377/2018, 23-07 (ROJ 3040/2018)
 SAP M 614/2018, 10-09 (ROJ 12663/2018)
 SAP M 580/2018, 25-09 (ROJ 14232/2018)

Circulares e Informes

CF. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.* 2012. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623.

CGPJ *Informe al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* 2012. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder->

Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal-

CGPJ. *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal*. 2013. [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder Judicial/Consejo General del Poder Judicial/Actividad del CGPJ/Informes/Informe al Anteproyecto de Ley Organica por la que se modifica la Ley Organica 10 1995 de 23 de noviembre del Codigo Penal](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal)

FGE. *Memoria elevada al Gobierno de S. M.* 2016. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf.

CFGE 3/2017, *sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_3-2017.pdf?idFile=5b2dd5f5-5a18-4732-bc75-7e5a63a9075c

FGE. *Memoria elevada al Gobierno de S. M.* 2018. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS18.PDF?idFile=f9e5ea88-f1f6-4d21-9c24-d2ffd93eabc3.