

MATERIA

Dereito Penal, Parte Especial-Delitos contra a persoa e o patrimonio

TITULACIÓN

Grao en Dereito

unidade
didáctica
6.5

Ciencias Sociais e Xurídicas

O delito de acoso

Natalia Pérez Rivas

Departamento de Dereito Público Especial e da Empresa
Facultade de Dereito

unidadesdidácticas
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA



Esta obra atópase baixo unha licenza internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Calquera forma de reprodución, distribución, comunicación pública ou transformación desta obra non incluída na licenza Creative Commons BY-NC-ND 4.0 só pode ser realizada coa autorización expresa dos titulares, salvo excepción prevista pola lei. Pode acceder Vde. ao texto completo da licenza nesta ligazón: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.gl>

© Universidade de Santiago de Compostela, 2021

Deseño e maquetación

J. M. Gairí

Edita

Edicións USC

usc.gal/publicacions

DOI

<https://dx.doi.org/10.15304/9788419155085>

MATERIA: Dereito Penal, Parte Especial – Delitos contra a persoa e o patrimonio

TITULACIÓN: Grao en Dereito

PROGRAMA XERAL DO CURSO

Localización da presente unidade didáctica

DELITOS CONTRA AS PERSOAS

1. Homicidio e as súas formas

2. Aborto

3. Lesións

4. Lesións ao feto

5. Delitos relativos á manipulación xenética

6. Delitos contra a liberdade

7. Torturas e outros delitos contra a integridade moral

8. Delitos contra a liberdade e indemnidade sexuais

9. Omisión do deber de socorro

10. Delitos contra a intimidade, o dereito á propia imaxe e a inviolabilidade do domicilio

11. Delitos contra a honra

12. Delitos contra as relación familiares

DELITOS CONTRA O PATRIMONIO

13. Consideracións xerais sobre os delitos contra o patrimonio e contra a orde socioeconómica. Furto. Roubo

14. Extorsión. Roubo e furto de uso de vehículos. Usurpación

15. Defraudacións

16. Insolvencias punibles

17. Danos

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

OS OBXECTIVOS

OS PRINCIPIOS METODOLÓXICOS

OS CONTIDOS BÁSICOS

1. Regulación legal
2. Ben xurídico protexido
3. Suxeitos activo e pasivo
4. Tipo obxectivo
 - 4.1. Modalidades de conduta
 - 4.2. A esixencia dunha conduta «insistente e reiterada»
 - 4.3. A cláusula legal «sen estar lexitimamente autorizado»
 - 4.4. Resultado típico: grave alteración da vida cotiá da vítima
5. Tipo subxectivo
6. Penalidade
7. Circunstancias agravantes
 - 7.1. Tipo agravado: persoa especialmente vulnerable
 - 7.2. Tipo hiperagravado: violencia doméstica e de xénero
8. Réxime de procedibilidade

ACTIVIDADES PROPOSTAS

AVALIACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

PRESENTACIÓN

A presente unidade didáctica titulada «O delito de acoso» concentra os coñecementos básicos sobre unha lección da materia de «Dereito Penal, Parte Especial — Delitos contra a persoa e o patrimonio», impartida no terceiro curso do Grao de Dereito. A súa duración será dunha hora e quince minutos que se distribuirá da seguinte forma: trinta minutos corresponderanse cunha clase expositiva e os restantes corenta e cinco minutos dedicaranse á realización dunha actividade práctica.

O acoso defínese, de forma xenérica, como “unha constelación de comportamentos polo cal unha persoa de forma repetida diríxese a outra impoñéndolle comunicacións e/ou contactos non desexados”.

A pesar da pouca atención que se lle prestou, tanto polos investigadores como os medios de comunicación, trátase dun fenómeno criminal que cada vez presenta unha maior repercusión na nosa sociedade. Así, dos diversos estudos realizados ao respecto conclúese que entre un 4.5 % e un 23.4 % da poboación mundial foi vítima ao longo da súa vida dunha conduta de acoso. Se distinguimos por sexo, as mulleres foron as principais vítimas deste tipo de comportamentos (entre un 7 % e un 32.4 %). No ámbito europeo, o resultado da enquisa sobre violencia contra a muller realizada nos 28 Estados membro da UE fixou a súa incidencia nun 18 %. En España, do total de mulleres enquisadas de 16 ou máis anos na Macro enquisa de Violencia contra a Muller do ano 2019, o 15.2 % sufrira condutas de acoso nalgún momento da súa vida, o 6,5 % nos últimos 4 anos e o 3.0 % nos últimos 12 meses.

As investigacións neste ámbito puxeron de manifesto, tamén, a íntima relación entre o acoso e a violencia de xénero, especialmente con ocasión da ruptura da relación. Conforme aos datos da citada enquisa europea, unha de cada dez mulleres (9 %) foran acosadas por parte da súa exparella. Estes datos son consistentes cos resultados da Macroenquisa realizada en España no 2019 na que o 21.3 % das mulleres que sufriran acoso refiren que o agresor fora a súa parella actual ou a súa exparella. Mais non só a existencia dunha previa relación sentimental incrementa o risco de sufrir acoso, senón que este feito tamén incide na gravidade e na duración da conduta. Proba diso é que McFarlane et al. verificaron no seu estudo que o 76 % das mulleres asasinadas polas súas exparellas foran acosadas por aqueles no ano anterior a tal tráxico evento. Este é, precisamente, o suposto que se relata na STS do 22 de decembro de 2020 no que, tras o cesamento da convivencia en xullo de 2016, o autor iniciou unha conduta de acoso e control sobre a vítima insistindo en que volvese con el ata que, na madrugada do día 17 de decembro, acabou coa súa vida no portal do seu domicilio.

Ante a constatación desta realidade, procedeuse a incluír no Convenio de Istambul, do 11 de maio de 2011, o acoso como unha forma de violencia contra a muller que debe ser tipificada polos Estados que o ratifiquen (art. 34). A súa entrada en vigor tivo lugar o 1 de agosto de 2014 sendo ratificado, ata o momento, por 34 países dos 47 estados membro do Consello de Europa, entre eles, España.

Por tanto, a tipificación do delito de acoso pola LO 1/2015 (art. 172. ter CP) é froito das obrigas supranacionais asumidas polo noso país. Trátase, así, de ofrecer

unha resposta á realización de condutas insistentes e reiteradas —que en moitas ocasións non podían ser cualificadas como coaccións ou ameazas— por medio das cales se menoscaba a liberdade de obrar da vítima, á que se somete a persecucións ou vixilancias constantes, chamadas reiteradas ou outros actos continuos de acoso que provocan unha grave alteración no desenvolvemento da súa vida cotiá.

OS OBXECTIVOS

Ao rematar esta unidade didáctica o alumnado será capaz de:

- Coñecer os elementos que configuran o delito de acoso.
- Resolver casos reais co obxecto de adecuar os coñecementos teóricos á práctica xurisprudencial.
- Manexar con destreza os textos legais, a xurisprudencia e a bibliografía científica como ferramentas de información que faciliten a resolución das dúbidas.

OS PRINCIPIOS METODOLÓXICOS

O método que se empregará para alcanzar eses obxectivos será o expositivo. Ao longo de trinta minutos, seguindo o modelo da clase maxistral, desenvolverase o contido teórico xeral do tipo delituoso que abarcará os seguintes aspectos: o ben xurídico que se aspira a protexer, os elementos obxectivos e subxectivos que presenta a súa redacción típica, as circunstancias agravantes e atenuantes así como as concretas sancións previstas. Ben é certo que o cambio de paradigma educativo que supuxo a adaptación ao Espazo de Educación Superior Europeo (EEES) esixe a reformulación da función docente e a reorientación da aprendizaxe dos estudantes, que pasan de ser meros receptores pasivos de información a converterse nos protagonistas da súa formación. Neste senso, a metodoloxía clásica de ensino—aprendizaxe será complementada coa aprendizaxe baseada en casos prácticos. O «caso» como método de explicación, ademais de servir de elo entre a explicación teórica e o problema práctico, persegue desenvolver a capacidade de argumentación e de crítica dos estudantes, ao propio tempo que lles ofrece a posibilidade de avaliar, por si mesmos, o grao de comprensión da materia que van alcanzando.

OS CONTIDOS BÁSICOS

1. Regulación legal

O delito de acoso régulase no art. 172 ter do Código Penal.

De conformidade con dito precepto:

«1. Será castigado coa pena de prisión de tres meses a dous anos ou multa de seis a vinte e catro meses o que acose a unha persoa levando a cabo de forma

insistente e reiterada, e sen estar lexitimamente autorizado, algunha das condutas seguintes e, deste xeito, altere gravemente o desenvolvemento da súa vida cotiá:

- 1.^ª A vixíe, a persiga ou busque a súa proximidade física.
- 2.^ª Estableza ou tente establecer contacto con ela a través de calquera medio de comunicación, ou por medio de terceiras persoas.
- 3.^ª Mediante o uso indebido dos seus datos persoais, adquira produtos ou mercadorías, ou contrate servizos, ou faga que terceiras persoas se poñan en contacto con ela.
- 4.^ª Atente contra a súa liberdade ou contra o seu patrimonio, ou contra a liberdade ou o patrimonio doutra persoa próxima a ela.

Se se trata dunha persoa especialmente vulnerable por razón da súa idade, enfermidade ou situación, impoñerase a pena de prisión de seis meses a dous anos.

2. Cando o ofendido fose algunha das persoas ás que se refire o apartado 2 do artigo 173, impoñerase unha pena de prisión dun a dous anos, ou traballos en beneficio da comunidade de sesenta a cento vinte días. Neste caso non será necesaria a denuncia a que se refire o apartado 4 deste artigo.

3. As penas previstas neste artigo impoñeranse sen prexuízo das que puidesen corresponder aos delitos en que se concretaron os actos de acoso.

4. Os feitos descritos neste artigo só serán perseguibles mediante denuncia da persoa agaviada ou do seu representante legal».

2. Ben xurídico protexido

A localización sistemática dun concreto tipo delituoso na estrutura do Libro II do Código Penal adoita ser utilizada como indicador do ben xurídico que coa súa regulación se tutela. Nese sentido, o tipo relativo ao acoso contéplase no Capítulo III “das coaccións” do Título VI “delitos contra a liberdade” do Libro II do Código Penal sendo o ben xurídico protexido a liberdade de obrar do suxeito —tanto na súa fase de decisión como de execución—, así como o dereito a vivir tranquilo e con sosego. Non se busca humillar ou envilecer a vítima (acoso moral), senón xerar nesta un sentimento de temor, inseguridade ou desasosego o cal repercutirá de forma notable no seu actuar condicionando os seus costumes ou hábitos (acoso psicolóxico).

Aínda que o ben xurídico principalmente afectado polo delito de acoso é, como deixamos sentado, a liberdade, tamén poden verse lesionados outros como a honra, a integridade moral ou a intimidade, en atención aos concretos actos nos que o acoso se materialice.

3. Suxeitos activo e pasivo

O delito de acoso configúrase como un delito común, é dicir, que pode ser cometido por calquera persoa como o evidencia o uso da fórmula “o que” para referirse ao suxeito activo e o termo “persoa” para referenciar o suxeito pasivo.

Vítimas deste delito unicamente pódeno ser as persoas físicas, non sendo admisible que se produza respecto das xurídicas as cales carecen de “un sentimento de cotianidade ou de seguridade que quede alterado, nin poden sentir temor ou sensación de ateigamento” resultado típico esixido na descrición do precepto.

As características da vítima e a relación existente entre as partes resultarán de interese, como veremos, para a configuración das modalidades agravadas do acoso.

4. Tipo obxectivo

Este delito vértébrase ao redor de catro elementos consistentes en: a) a perpetración de actos de acoso; b) que esa actuación sexa insistente e reiterada; c) que o suxeito activo non se atope lexitimado para facelo; d) que produza unha grave alteración da vida cotiá da vítima.

4.1. Modalidades de conduta

Polo que se refire á descrición da conduta típica, o lexislador español optou por seguir o modelo europeo—continental de incriminación, enumerando expresamente as concretas condutas que integran o tipo . É suficiente coa comisión dalgunha delas para entender perpetrado o delito (tipo mixto alternativo). Esas accións típicas son as seguintes:

- a) A vixilancia, a persecución ou a procura da proximidade física da vítima, que constitúen as tradicionais condutas de acoso. As accións consistentes na persecución e na procura dunha proximidade física coa vítima requiren para a súa perpetración a existencia dunha proximidade espacial entre as partes. É obxecto de crítica a falta de taxatividade de que carece a redacción destas accións ao non determinarse cal é a distancia mínima que debe concorrer para apreciarse tal proximidade. Tendo en conta o resultado que da realización dos devanditos comportamentos ten que derivarse —a alteración grave do desenvolvemento da vida cotiá da vítima—, consideramos que a distancia existente debe permitir, polo menos, a confrontación visual entre a vítima e o seu acosador. Con todo, temos que descartar calquera tipo de automatismo e optarse, sempre, por valorar as circunstancias concorrentes en cada caso que permitan ao órgano xudicial inferir que se produciu unha efectiva limitación da liberdade da vítima. Pola contra, os actos consistentes na vixilancia non requiren, necesariamente, a existencia desa proximidade física, senón que poden ser realizados a distancia utilizando dispositivos electrónicos GPS, sistemas de gravación, mediante o seguimento das súas redes sociais para saber a súa localización e coñecer as persoas coas que se relaciona, etc. Con todo, para que a realización desta conduta produza o resultado esixido polo tipo penal a persoa acosada ten que ser consciente da súa comisión (ex. o acosador remitelle gravacións correspondentes a diferentes días nos

que a vítima aparece en distintas situacións e contextos, infórmanlle os veciños de que o viron nas proximidades da vivenda, etc.)

- b) O establecemento ou intento de establecemento de contacto coa vítima a través de calquera medio de comunicación (cartas, chamadas telefónicas, sms, mensaxes a través de redes sociais — Whatsapp, sms, Telegram, Facebook, Twitter—, correos electrónicos, etc.) ou, mesmo, por medio de terceiras persoas. Estamos aquí ante unha conduta intrusiva a través da que se trata de impoñer ao suxeito pasivo a indesexada presenza do autor do delito. A equiparación que o precepto fai entre a tentativa do contacto e a súa consumación foi criticada pola doutrina por estimar que iso carrega unha flagrante vulneración do principio de proporcionalidade. Con todo, non debemos esquecer que o resultado delituoso non o integra o mero contacto senón a alteración grave da vida cotiá, de modo que o intento de contacto non é unha tentativa en sentido técnico.
- c) O uso indebido dos datos persoais da vítima para a adquisición de produtos, a contratación de servizos ou a posta en comunicación con ela de terceiras persoas. A pesar de que puidese pensarse que existe unha coincidencia entre as condutas descritas no apartado e a aquí referida, nada máis lonxe da realidade. Mentres que no primeiro caso é o propio acosador quen remite as mensaxes á vítima utilizando a terceiras persoas, neste último, aquel limítase a facilitar os datos persoais da vítima —por exemplo, publicando a foto e os datos persoais da súa exparella nunha páxina de contactos sexuais— para que terceiras persoas coas súas continuas chamadas a perturben.
- d) O atentado contra a liberdade ou o patrimonio da vítima o dunha persoa próxima a ela. Discútese por parte da doutrina se para a toma en consideración deste comportamento se esixe que o atentado teña lugar ou, pola contra, é suficiente coa ameaza de realizar tales condutas. En todo caso, o que non admite dúbida é que a acción perpetrada non ten, necesariamente, que ser constitutiva dun feito delituoso xa que a finalidade do delito de acoso é tipificar condutas que, por si soas, non teñen relevancia penal pero que, como seguidamente explicaremos, adquiren a mesma cando son cometidas de forma insistente e reiterada. Tamén se critica o feito de que non se faga referencia ao atentado contra outros bens de maior importancia tales como a vida ou a saúde das persoas.

4.2. A esixencia dunha conduta «insistente e reiterada»

O tipo obxectivo non queda plenamente realizado coa mera constatación da execución dalgunha das condutas anteriormente sinaladas, xa que, á marxe das accións delituosas autónomas —que terían a súa propia tipicidade e punibilidade— aí contémpanse actos que de seu, realizados de forma illada, carecen de relevancia penal.

En base a esta esixencia, para resultar punibles eses actos de intromisión ilexítima na intimidade da vítima é preciso que estes se perpetren, en palabras do

propio precepto, de forma insistente e reiterada. Iso equivale, conforme ao sinalado pola xurisprudencia, a unha reiteración de accións da mesma natureza que se repite no tempo. Estaríamos, por tanto, ante unha estratexia sistemática de persecución integrada por diferentes actos dirixida ao logro dunha determinada finalidade que as vincule entre elas (ex. o control do seu exparella, renovar ou establecer unha relación sentimental, facer presión psicoloxicamente á vítima co fin de prexudicala na súa traxectoria política).

O lexislador non procedeu a determinar o número de actos nin o marco temporal dentro do cal estes deben ser realizados para que a súa comisión mereza tales cualificativos. Ao noso entender, atopámonos ante unha situación similar á que tivo lugar, no seu momento, para a determinación do concepto de habitualidade no delito de malos tratos habituais (art. 173.3 CP). Pois ben, traendo a colación as conclusións do debate xerado naquel suposto, entendemos que debe prescindirse dun automatismo numérico sendo relevante para apreciar ese patrón condutual de acoso, máis que a pluralidade de actos en si mesma, que a súa repetición ou frecuencia sexan dunha entidade que permitan ao órgano xudicial chegar á convicción de que a vítima vive nun estado de temor, inseguridade ou desasosego capaz de perturbar os seus hábitos, os seus costumes, as súas rutinas ou a súa forma de vida. O comportamento realmente prohibido é aquel que resulte idóneo para vulnerar o ben xurídico que se protexe coa súa tipificación e, a este respecto, as condutas consideradas singularmente poden non ter un efecto coartador da liberdade de obrar, mais adquiren esa entidade cando son valoradas no seu conxunto elevando o que serían simples molestias á categoría de auténtico acoso. Iso esixe, implicitamente, unha certa prolongación no tempo dos actos de acoso ou, en todo caso, que se poida inferir do actuar do axente a súa vontade de perseverar nas accións intrusivas a pesar da negativa ou a oposición, expresa ou a través de actos concluíntes, da vítima.

Neste senso, non terían encaixe no tipo penal feitos que, a pesar de ser insistentes, se concentren nun curto período de tempo (un día, dous días ou catro días), salvo que esas accións revistan unha especial intensidade e a súa duración non se prolongue por causas externas á vontade de autor (ex. a imposición dunha prohibición de aproximarse e comunicarse coa vítima). Resulta indiferente que o acoso se materialice na mesma ou en diversas das condutas sinaladas no precepto. Este último é, sen dúbida, o suposto máis frecuente na práctica na que adoitan combinarse seguimentos ou achegamentos físicos con tentativas de contacto mediante a realización de chamadas telefónicas, a remisión de sms ou correos electrónicos, seguimentos, etc. Para os efectos de conceptualizar a «reiteración» serán tamén tomadas en consideración aquelas condutas que, sendo en si mesmas constitutivas dun feito delituoso, fosen axuizadas individualmente ou as que tivesen prescrito.

A esixencia da realización dunha conduta insistente e reiterada expón problemas, con todo, para a incriminación das modalidades de acción contempladas no número 3 —adquisición de produtos ou mercadorías, ou contratación de servizos, ou facendo que terceiras persoas se poñan en contacto coa vítima mediante o uso indebido dos seus datos persoais—. E iso porque, nestes casos, sendo exemplo paradigmático os supostos nos que os que o suxeito publica os datos persoais da vítima nunha páxina de contacto sexuais, a conduta é realizada por aquel nunha única

ocasión aínda que conseguindo con iso que terceiros realicen de forma insistente e reiterada o concreta comportamento de acoso. Na nosa opinión, a actuación do suxeito podería ter encaixe nun suposto de autoría mediata.

4.3. A cláusula legal «sen estar lexitimamente autorizado»

A tipicidade das condutas do art. 172 ter CP condiciónase legalmente a que a súa perpetración se leve a cabo sen estar o autor lexitimamente autorizado (elemento negativo do tipo).

A doutrina ten solicitado de forma reiterada a supresión desta cláusula ao considerala improcedente xa que o ordenamento xurídico non pode autorizar comportamento desta índole, realizadas de forma dolosa, que carrexen unha grave alteración da vida cotiá da vítima. A súa previsión pode inducir a erro e estimarse que, en determinados casos, calquera pode legalmente realizar eses actos de acoso para, por exemplo, exercendo presión a un debedor a facer fronte ao crédito contraído sen observar os medios legais existentes para efectuar tal reclamación (xuízo cambiario, procedemento monitorio, procedemento verbal e procedemento ordinario).

Pois ben, o certo é que só os actos que se enmarcan na primeira das modalidades de conduta —vixilancia, persecución e procura de proximidade física— poderán acharse xustificadas en atención á persoa que os fai en base á eximente de exercicio lexítimo dun dereito, oficio ou cargo ou cumprimento dun deber (art. 20. 7ª CP) (ex. as actuacións de vixilancia e persecución realizadas polas FFCCSE no marco dunha investigación criminal). Esta previsión resulta, por tanto, superflua.

4.4. Resultado típico: grave alteración da vida cotiá da vítima

A conduta típica antes indicada debe exceder das meras molestias ou da simple causación dun sentimento de desasosego e obrigar á vítima, como única vía escapatoria, a alterar, de forma grave, a súa maneira de conducirse ou relacionarse socialmente na súa vida diaria. Non se chega á esixencia dunha completa paralización da súa vida ou que diso se deriven lesións psíquicas para a prexudicada. Por tanto, o delito de acoso configúrase como un delito de resultado requiríndose para a súa consumación a efectiva constatación desa perturbación na vítima como consecuencia dos actos de sufridos. Este resultado eríxese no elemento nuclear do tipo, o que require un esforzo de alegación e proba por parte da acusación, así como de interpretación polos tribunais. A estes correspóndelles a tarefa de clarificar o seu significado, dado o carácter novo do concepto e a ausencia dunha definición auténtica por parte do legislador.

A amplitude e a subxectividade desta expresión pode levar a que unha mesma conduta sexa ou non tipificada como acoso en atención á concreta sensibilidade da vítima. E é que, como se sinala na SAP de Tarragona do 18 de maio de 2018, «á persoa que sofre o acoso non pode esixírselle comportamentos ou reaccións heroicas ou que supoñan un elevado custo persoal, económico, social. Por iso insistimos na necesidade de que, caso por caso, se examine e valore as concretas condicións persoais da suposta

vítima (non toda persoa reacciona igual ante uns mesmos estímulos traumáticos, nin dispón dos mesmos resortes para afrontalos) e os concretos custos emocionais, persoais e sociais que a conduta acosadora lle tivese irrogado».

Tendo iso en conta, os órganos xudiciais veñen requirindo que os actos de acoso resulten idóneos para producir de maneira obxectiva e *ex ante* o resultado esixido polo tipo conforme ao estándar da persoa media (patrón obxectivo), aínda que matizado iso polas circunstancias concorrentes —de persoas, tempo, lugar e condutas— no suposto de feito (patrón subxectivo). Entre elas, tómanse en consideración, entre outras, características da vítima relativas a súa menor idade, a súa especial vulnerabilidade por estar embarazada, ao feito de que o acoso fose perpetrado pola súa exparella ou ao seu lugar de residencia (urbanización illada e pouco habitada, pobo pequeno). Tamén é obxecto de valoración o contexto no que o acoso se realice adquirindo notable relevancia que os actos sexan perpetrados por unha persoa próxima á vítima (un veciño do edificio, un familiar, unha exparella, etc.), por quen foi previamente condenado pola comisión dun delito de violencia de xénero ou de carácter violento, quebrantándose unha medida cautelar de afastamento ou estando a vítima acompañada dos seus fillos.

Polo que respecta á concreción da forma en que a vida cotiá da vítima se ve gravemente alterada, ademais da súa manifestación neste senso, os órganos xudiciais veñen perfilando os datos periféricos penalmente relevantes para a súa corroboración. Entre eles, teñen unha especial incidencia a petición pola vítima dunha orde de protección, o traslado da cidade de residencia ou do domicilio habitual, o cambio no posto ou lugar de traballo, o requirimento de tratamento médico psiquiátrico e farmacolóxico así como de atención psicolóxica, a agravación de sintomatoloxías previas, a concesión dunha baixa por incapacidade temporal por ansiedade, a adopción de medidas de protección ao saír á rúa, a modificación de horarios, a limitación das saídas de lecer ou alteración dos lugares, o cambio da porta ou da fechadura de casa, a necesidade de acompañamento por terceiras persoas para os quefaceres diarios, o cambio do número de teléfono, o bloqueo nas diversas aplicacións, a modificación de itinerarios ou a necesidade de reducir o círculo de persoas cos que a vítima se relacionaba para minorar as posibilidades de que o acosador a localice recorrendo ás mesmas.

5. Tipo subxectivo

Este delito non esixe para a súa consumación a concorrencia dunha especial intención que guíe a conduta do autor, máis aló do dolo xenérico (directo ou eventual). Este está conformado polo coñecemento de que está a realizar algunha ou algunhas das condutas intrusivas descritas no tipo penal e que con iso estase contrariando a liberdade individual dunha persoa que mostrou a súa negativa ou oposición, expresa ou mediante actos concluíntes e inequívocos, a ter calquera tipo de relación ou contacto co mesmo.

En consecuencia, a esencia do acoso quedará desvirtuada naqueles casos nos que non resulte de maneira clara, e corroborada por datos obxectivos periféricos, a

vontade da vítima de non continuar a relación co procesado ou de que aquel non manteña contacto con ela por constatare a existencia de encontros entre as partes, comunicacións fluídas, a iniciativa da presunta vítima ou a falta de adopción de medidas para evitar os contactos (ex. cambiar de número de teléfono, bloquealo nas redes sociais, remisión de mensaxes neses termos, etc.).

6. Penalidade

O lexislador outorgou ao xulgador unha dobre alternativa para a elección da concreta pena a impor pola comisión do tipo básico do delito de acoso: unha pena de prisión de tres meses a dous anos ou unha pena de multa de seis a vinte e catro meses (art. 172 ter. 1 CP). Para elo valoráranse aspectos tales como a entidade e duración das condutas, as consecuencias que iso carrexou á vítima, a existencia de antecedentes penais pola comisión doutros delitos de acoso ou de carácter violento, etc.

Esta pena aplicarase sen prexuízo das que puidesen corresponder aos delitos individuais en que se concretasen esas accións, que se castigarán separadamente (art. 172 ter.3 CP) en termos similares ao preceptuado no marco do delito de malos tratos habituais (art. 173.2 CP). Así, os diferentes actos sufridos pola vítima servirán para configurar o delito de acoso poñendo de relevo a existencia dun patrón de conduta sistemático de acoso. Con todo, se estas condutas constitúen por si mesmas un tipo delituoso autónomo aplicarase, de conformidade co establecido na citada cláusula, o correspondente concurso —real, ideal ou medial— de delitos entre esa concreta figura delituosa e a do acoso. Iso permite abarcar o total desvalor dos comportamentos realizados polo autor ao supoñer o acoso unha realidade independente e distinta dos diferentes comportamentos nos que se funda.

Tratándose de delitos que atenten contra a liberdade de obrar da vítima (ameazas, coaccións) ou contra o seu patrimonio (danos), a mesma acción non pode integrar, á vez, a descrición fáctica de ambos os tipos delituosos so pena de vulnerarse o principio *ne bis in idem*. En atención a iso, a solución que vén sendo arbitrada polos órganos xudiciais é a de entender absorbidas no art. 172 ter CP as accións de menor entidade, castigándose polo tipo correspondente as que revistan unha maior gravidade en concurso real co delito de acoso. Isto sempre que os demais actos de acoso reúnan os requisitos necesarios para colmar as esixencias deste último tipo. Noutro caso, a decisión en canto á aplicación dun ou outro precepto penal dirimirase polas regras do concurso de normas.

7. Circunstancias agravantes

7.1. Tipo agravado: persoa especialmente vulnerable

A pena de prisión a impoñer verase agravada no seu límite inferior (de tres a seis meses) cando a vítima do acoso sexa unha persoa especialmente vulnerable por razón da súa idade, enfermidade ou situación. Neste caso o lexislador non prevé a posibilidade de que ao autor se lle poña, de forma alternativa, unha pena de multa

(art. 172 ter CP *in fine*). Este feito foi obxecto de críticas pola doutrina máxime cando no tipo hiperagravado se se prevé esta posibilidade.

7.2. Tipo hiperagravado: violencia doméstica e de xénero

O legislador contempla un tipo hiperagravado cando o ofendido sexa algunha das persoas ás que se refire o art. 173.2 CP, é dicir, nos casos de violencia doméstica e de xénero. Neste punto temos que lembrar que a regulación deste delito ten a súa orixe, precisamente, na necesidade de ofrecer unha adecuada tutela ás vítimas de violencia de xénero principais afectadas, de conformidade cos datos empíricos expostos, desta clase de condutas. Nestes casos, ao xulgador outórgaselle unha dobre alternativa para a elección da concreta pena a impoñer: a pena de prisión dun a dous anos ou a pena de traballos en beneficio da comunidade de sesenta a cento vinte días (art. 172 ter. 2 CP).

Obsérvanse dúas diferenzas con relación ao tipo xenérico: por unha banda, increméntase a pena mínima de prisión de tres a seis meses, manténdose o máximo en dous anos; por outro, a pena de multa de seis a vinte e catro meses que se pode impoñer como opcional no caso de que a vítima non sexa algunhas das persoas referenciadas no art. 173.2 CP, substitúese pola posibilidade de aplicar a pena de TBC sinalada. Esta previsión obedece á vontade de excluír a imposición da pena de multa no ámbito da violencia familiar e de xénero por estimar que iso pode redundar en prexuízo da propia vítima ao verse afectada a capacidade económica da unidade familiar.

Neste caso, o legislador non recolleu na redacción do tipo a súa agravación —si prevista no art. 46 do Convenio de Istambul— cando a comisión ten lugar en presenza de menores, utilizando armas, no domicilio común ou da vítima ou se realice quebrantando unha pena das contempladas no art. 48 CP ou unha medida cautelar ou de seguridade da mesma natureza.

8. Réxime de procedibilidade

O delito de acoso só será perseguible mediante a interposición dunha previa denuncia por parte da persoa agraviada ou do seu representante legal (art. 172 ter. 4 CP). A este respecto, de conformidade coa xurisprudencia do TS, para ter por cumprido este requisito non é necesaria unha denuncia escrita e formal e bastaría cunha comunicación verbal. Así, a inexistencia dunha denuncia formal previa naqueles casos nos que a *notitia criminis* chegou a coñecemento do órgano xudicial por vía distinta da denuncia ou sen a denuncia de todos os prexudicados queda validada pola comparecencia do prexudicado nas actuacións para exercer a acusación ou cando, coñecendo a existencia do proceso, non se opón á súa continuación.

Esta condición obxectiva de perseguibilidade non rexe nos supostos de actos de acoso perpetrados no ámbito da violencia doméstica ou de xénero (art. 172 ter. 2 CP). Iso é acorde coa existencia, na actualidade, dun interese público en perseguir e castigar toda forma de violencia familiar ou de xénero por leve que esta sexa.

ACTIVIDADES PROPOSTAS

A lección teórica será complementada coa aprendizaxe baseada en casos prácticos. Neste caso, a actividade proposta consta de dúas partes:

1. En primeiro lugar, ao alumnado facilitaráselle, a través da aula virtual da materia, un arquivo no que se describirá un suposto extraído da práctica xurisprudencial. Tendo en conta o explicado, deberán proceder a cualificar penalmente os feitos descritos e a identificar a concorrencia ou non dos diversos elementos do tipo.

Caso práctico

Nuno mantivo unha relación sentimental con Celtia durante 10 anos. Tras rematar esta, Celtia esixiulle que marchase do domicilio común xunto coa súa filla froito dunha relación anterior. Iso anoxou excesivamente a Nuno quen efectuou múltiples chamadas a Celtia desde xuño de 2020 ata o 20 de setembro de 2020.

Concretamente, o 12 de xuño de 2020, realizou quince chamadas, entre as 0:15 horas e as 4:30 horas, e o día 13 unha chamada ás 2:30 horas. Ese mesmo día, irritado porque Celtia non atendía ningunha das súas chamadas, envioulle 10 mensaxes de texto entre as 3:00 horas e as 9:00 horas.

O 20 de setembro de 2020, Nuno dirixiuse ás proximidades da empresa na que traballaba Celtia pegando dous adhesivos no seu coche coas seguintes mensaxes: «Non me odies»; «Non merecía que me tratases así»; «Eu si que te ameie».

Entre xuño de 2020 e o 20 de setembro de 2020, Nuno accedeu ao rocho de Celtia coa chave que aínda conservaba e escribiu diversas mensaxes nas súas paredes: «Todo acaba hoxe»; «Sinto se te molestei»; «Que sexas moi feliz»; «Só necesitaba a verdade»; «Adeus miña vida, só quero que saibas que eu si te ameie».

Finalmente, Nuno chamou tres veces máis a Celtia o día 21 de setembro de 2020 ás 12:18 horas, as 17:32 horas e as 18:45 horas.

O 22 de setembro Celtia interpuxo unha denuncia contra Nuno pola comisión dun delito de acoso.

2. Rematada a primeira tarefa, encomendaráselles a elaboración dunha breve reflexión sobre a posible configuración do acoso como un delito de aptitude.

AVALIACIÓN

A realización satisfactoria das actividades propostas computarase conxuntamente coas restantes prácticas que o alumnado deben completar ao longo do semestre. Estas representan o 20 % da nota global final.

Polo que respecta á concreta valoración da actividade que se vai a realizar no marco desta unidade didáctica terase en conta o grao de asimilación dos conceptos teóricos, a capacidade para a aplicación práctica de tales coñecementos, a coherencia na argumentación, o pensamento crítico e o axeitado emprego da linguaxe técnica.

BIBLIOGRAFÍA

- Acale Sánchez, María / Gómez López, María del Rosario: “Stalking: art. 172 ter”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Boza Moreno, Elena: “Stalking: una nueva forma de acoso”, en Del Carpio Delgado, Juana (coord.): *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Cámara Arroyo, Sergio: “Las primeras condenas en España por stalking: cuestiones penales y criminológicas del nuevo delito de acecho o acoso predatorio”, *La Ley Penal*, núm. 121, 2016.
- Galdeano Santamaría, Ana: “Acoso—stalking: art. 172 ter”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Gutiérrez Castañeda, Ana: “Acoso—stalking: art. 172 ter”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Magro Servet, Vicente: “El delito de stalking o acoso en la violencia de género”, *La Ley Penal*, núm. 139, 2019.
- Martínez Muñoz, Carlos Javier: “El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter”, en Del Carpio Delgado, Juana (dir.): *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Matallín Evangelio, Ángela: “Nuevas formas de acoso: stalking/cyberstalking—acoso/ciberacoso”, en Fernández Hernández, Antonio / Cuerda Arnau, María Luisa (dirs.): *Menores y redes sociales: cyberbullying, cibergrooming, pronografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “Delito de acoso (art. 172 ter CP)”, en González Cussac, José Luis (dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Mendoza Calderón, Silvia: “El delito de stalking: análisis del art. 172 ter del proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en Muñoz Conde, Francisco (dir.): *Análisis de las reformas penal: presente y futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Roig Torres, Margarita: “El delito de acoso o stalking en España”, *Principia Iuris*, vol. 16, núm. 34, 2019.
- “El delito de acoso (art. 172 ter CP) como modalidad de violencia de género: comparativa con el ‘Nachstellung’ del derecho alemán”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018.
- Sánchez Vilanova, María: El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018.
- Tapia Ballesteros, Patricia: “Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter CP). Problemas de delimitación del tipo penal en España”, *Revista Penal*, núm. 43, 2019.
- Van der Aa, Susan: “Stalking as a form of (domestic) violence against women: two of a kind?”, *Rassegna Italiana di Criminologia*, núm. 3, 2012.

- *Stalking in the Netherlands: Nature and prevalence of the problem and the effectiveness of anti—stalking measures*, Maklu Uitgevers, 2010.
- Villacampa Estiarte, Carolina: “El delito de stalking”, en Lafont Nicuesa, Luis (coord.): *Los delitos de acoso moral: mobbing, acoso inmobiliario, bullying, stalking, escraches y ciberacoso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- “Delito de acecho/stalking: art. 172 ter”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

Xurisprudencia

Tribunal Supremo

STS núm. 717/2020, de 22 de decembro.

STS núm. 554/2020, de 28 de outubro.

STS núm. 554/2017, de 12 de xullo.

STS núm. 324/2017, de 8 de maio.



Unha colección orientada a editar materiais docentes de calidade e pensada para apoiar o traballo do profesorado e do alumnado de todas as materias e titulacións da universidade

unidades didácticas
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA