

LA IRREFLEXIVA CRIMINALIZACIÓN DEL HOSTIGAMIENTO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

Por

JOAN BAUCCELLS LLADÓS
Profesor Titular de derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona.

joan.baucells@uab.cat

Revista General de Derecho Penal 21 (2014)

RESUMEN: El nuevo proyecto de código penal con la introducción del nuevo delito de hostigamiento da un paso más hacia la tipificación de toda forma de acoso. El artículo critica esta tendencia político criminal y, hasta la propuesta de un tipo único de acoso, defiende las ventajas del inmovilismo penal para dar respuesta a este fenómeno.

PALABRAS CLAVE: Hostigamiento, acoso.

SUMARIO: I. El artículo 172 ter. Un paso más hacia la irreflexiva criminalización de toda forma de acoso. II. La ausencia de una base sólida para la toma de la decisión político criminal. III. Cuestionamiento de la necesidad de tipificación penal expresa. IV. De algunas ventajas del inmovilismo penal. V. A modo de reflexión final.

ABSTRACT: The introduction of the new offense of stalking in the last draft penal code takes another step towards the criminalization of all forms of harassment. The article criticizes this criminal political tendency and, waiting for a proposal of a unique offense of harassment, defends the advantages of immobility in response to this phenomenon.

KEYWORDS: Stalking, harassment.

I. EL ART. 172 TER. UN PASO MÁS HACIA LA IRREFLEXIVA CRIMINALIZACIÓN DE TODA FORMA DE ACOSO

El actual Proyecto de reforma del código penal prevé en su artículo 172 *ter* la introducción de una nueva figura delictiva con la siguiente formulación:

“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 productos 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 próxima a ella.

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

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 artículo 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

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.

5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

Con su configuración típica el Gobierno pretende dar respuesta al fenómeno de las persecuciones repetitivas que llegan a alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. De este modo, el pre legislador español se sitúa entre los países que han decidido tipificar expresamente el fenómeno del *stalking* dando un paso más hacia la criminalización de toda forma de acoso iniciada a través del código penal de 1995. Desde que en él se tipificó el acoso sexual (art. 184 C.P.), este proceso ha ido acelerándose hasta que en la reforma penal de 2010 se intensificó notablemente con la introducción del acoso laboral (art.173.1.II C.P.), la doble criminalización del acoso inmobiliario como hecho puntual (art. 172.1.III C.P.) o como trato humillante (art.173.1.I C.P.) y el acoso a menores de edad a través de internet y otros medios de comunicación (art. 183 bis C.P.).

Considero imprescindible abordar el análisis de este nuevo delito precisamente desde esta tendencia puesto que su crítica proviene, en buena parte, de este abordaje

asistemático, atomizado e irreflexivo del acoso que ha realizado el legislador español. En ningún momento de todo este proceso ha existido un concepto de acoso lo suficientemente preciso y consolidado, cuya elaboración -por otra parte- constituiría el punto de partida ineludible para diseñar una intervención penal adecuada no sólo para el proyectado delito, sino también para las ya vigentes modalidades de acoso¹. Más bien se han ido tipificando diversos comportamientos en torno a diferentes ámbitos de relación (sexual, laboral, inmobiliaria, internet) a medida que iban ganando protagonismo en el debate mediático, sin reflexionar sobre la necesidad real de su criminalización² y la coherencia de su delimitación. En realidad, podemos afirmar que en todas las reformas penales de los últimos años, en mayor o menor medida, se ha visto reproducido un determinado “*patrón criminalizador*” caracterizado por tipificar conductas de dudosa necesidad, si atendemos a los tipos genéricos ya vigentes, y cuya finalidad sería la de desarrollar funciones simbólicas de etiquetamiento expreso de estas conductas para reforzar mensajes desvaloradores o de aclaración a los jueces de su relevancia penal.

El nuevo proyecto de código penal no sólo deja de aprovechar la oportunidad para abordar el reto de proponer una regulación unitaria del acoso, sino que la tipificación expresa del delito de hostigamiento representa quizás el más criticable de los ejemplos de este “*patrón criminalizador*”. Y ello por varias razones que constituirán el objeto de este trabajo.

¹ Ver las críticas en esa línea de los diferentes autores que han ido abordando el estudio de cada uno de estos fenómenos: GOMEZ RIVERO, C. “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio” en Martínez González (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 47 y ss.; POMARES, E. “El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral. Análisis de los planteamientos prelegislativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre su regulación penal” en *Cuadernos de política criminal*, núm. 97, 2009, p. 85; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.-MENDOZA CALDERÓN, S. “El acoso en derecho penal: una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso” en *Revista penal*, núm. 18, 2006, p. 213; REBOLLO VARGAS, R. “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de código penal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2007, LX, p. 223.

² Crítico con la necesidad de tipificación expresa del acoso inmobiliario ver, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, “El Blockbusting (una excrecencia legislativa más)” en *La Ley*, 5, 2010, pp. 1875-1876 y con la necesidad de criminalización del acoso laboral ver, por todos, CARMONA SALGADO, “Tutela jurídica del acoso laboral en el ámbito de las empresas y de las Administraciones públicas. Su disfuncional regulación en el proyecto de reforma del CP de 15 de enero de 2007” en *Revista penal*, núm. 21, 2008, pp. 72 y 79.

II. LA AUSENCIA DE UNA BASE SÓLIDA PARA LA TOMA DE DECISIÓN POLÍTICO CRIMINAL

En primer lugar -y a diferencia de otros países en los que se han tipificado expresamente estas conductas³- no existen en España los cimientos empíricos suficientes para sostener la criminalización de este fenómeno⁴. Por no existir, no existen ni demandas desde la Criminología⁵, ni tan siquiera acuerdo en el nombre para referirse al fenómeno⁶. Aunque en España no exista cultura criminológica o, precisamente por ello, la falta de fundamentación empírica de cualquier propuesta político-criminal se sitúa en la primera de las críticas a la criminalización del hostigamiento. Compartimos la idea de que toda decisión político-criminal tomada a espaldas de los datos cuantitativos y cualitativos propuestos por la Criminología está abocada al fracaso⁷. Sólo por esta razón ya sería razonable cuestionar la iniciativa del proyecto⁸.

Pero es que, además, en segundo lugar, la ausencia de trabajos empíricos imposibilita identificar el suficiente contenido material para conocer cuáles deberían ser

³ El ejemplo más paradigmático es el de EE.UU. país pionero de la criminalización del *stalking* donde se han elaborado numerosos trabajos empíricos que han contribuido a conceptualizar el fenómeno. Merece destacarse la *National Violence Against Women Survey* (1995-1998), el *Intimate Partner Stalking and Femicide Study* (1999), la *National Sexual Victimization of College Women Survey* (2000) o la *Supplementary Victimization Survey* (2006). También en países con tipificación expresa como Gran Bretaña, Italia o Alemania existen sólidos trabajos empíricos sobre el fenómeno del *stalking*. Ampliamente sobre todos estos trabajos VILLACAMPA, C. "La introducción del delito de *"atti persecutori"* en el código penal italiano" en *InDret*, 3, 2009, pp. 11 y ss.

⁴ A diferencia de otros fenómenos como el *mobbing* y el *bullying* que ha sido objeto de los barómetros CISNEROS, no existe ningún estudio empírico en España sobre el hostigamiento. Ni en los amplios estudios estadísticos sobre la violencia de género aparece ninguna referencia. Como ha subrayado VILLACAMPA, C. ("El proyectado delito de acecho: incriminación del *stalking* en derecho penal español" en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, p. 20) "dicha omisión no sólo se observa en las macro encuestas sobre violencia de género efectuadas en los años 1999, 2002 y 2006 por el Instituto de la Mujer (...) sino también en la reciente macro encuesta de 2011".

⁵ Entre la criminología española solo se ha alzado la voz de GARRIDO GENOVÉS, V. *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*, Barcelona, Algar, 2001, pág. 271.

⁶ Mientras algunos autores utilizan indistintamente la expresión "*hostigamiento*" o "*acecho*" (GALDEANO, A. "Acoso-Stalking: art. 173 ter" en ALVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013), otros prefieren recurrir indistintamente al término inglés "*stalking*" o los términos españoles "*acecho*" o "*acoso predatorio*" (VILLACAMPA, C. *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, Madrid, 2009) o al término "*acoso persecutorio*" (GOMEZ RIVERO, C. *Ob.cit.*, p. 27). La exposición de motivos del proyecto utiliza indistintamente la expresión "*acoso*", "*hostigamiento*" o "*acecho*". Preferimos la utilización del término "*hostigamiento*" para poder referirnos a una especie respecto al género "*acoso*" en el que lo relevante merece ser la reiteración y afectación a la libertad, ambos aspectos mejor aludidos con el término "*hostigamiento*".

⁷ Ver, por todos, GARCÍA PABLOS, A. *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁸ En ese sentido se ha pronunciado GALDEANO, A. *Ob.cit.*, p. 582 quien, aun reconociendo la necesidad de sancionar penalmente el hostigamiento, considera preferible la supresión del delito hasta alcanzar una reflexión más profunda.

los elementos definidores de este delito. Este problema -que ya existía en el debate precedente sobre las otras modalidades de acoso ya vigentes⁹- de nuevo se agrava en el caso del hostigamiento puesto que la ausencia de trabajos empíricos se nota sobremanera en la criminalización del hostigamiento debido a las dificultades que existen en la tipificación de esta conducta.

En efecto, el principal problema de la criminalización del hostigamiento es que se materializa en actos que aisladamente considerados pueden resultar lícitos, neutros, expresión de comportamientos absolutamente cotidianos e incluso socialmente adecuados y valorados positivamente. Conductas como llamar por teléfono, enviar correos electrónicos, enviar cartas, seguir a alguien por la calle o hacer regalos son conductas en sí mismas inocuas¹⁰. Obsérvese que el prelegislador pretende construir la tipicidad del hostigamiento sobre la reiteración de conductas como “vigilar, perseguir o buscar la cercanía física”, “establecer o intentar establecer contacto”, “adquirir productos o mercancías” o “poner a terceras personas en contacto con la víctima”. Se ha dicho, y con razón, que todas estas conductas, como por ejemplo el autor que se limita a observar cada día cómo su objeto de atención sale de su vivienda, en sí mismas y, por sí solas, no sólo son jurídicamente irrelevantes. Otras, incluso, como por ejemplo el seguimiento de un detective privado, aunque el observado detecte su presencia, son actuaciones incluso reglamentadas¹¹.

Los problemas tampoco se han resuelto fijando la relevancia penal de estas conductas en el número de ocasiones en que debe reiterarse o al lapso de tiempo en que debe desenvolverse. Es fácil coincidir en calificar de absurdos los intentos de construir la relevancia penal de estos comportamientos sobre la comisión, cuanto menos, de diez intrusiones o comunicaciones no deseadas en un período de al menos cuatro semanas¹² o las cometidas en un período de seis meses y con una frecuencia de cuanto menos dos veces a la semana¹³. Ni existe, ni puede encontrarse un consenso sobre el período de duración del acoso o la frecuencia de estos actos.

Del mismo modo, tampoco parece razonable construir la relevancia penal de estas conductas entorno a un patrón subjetivo, es decir, en atención a los efectos que la

⁹ Ver nota número 1.

¹⁰ Existe consenso en identificar a éste como uno de los principales problemas de la tipificación de este delito. Ver, por todos, VILLACAMPA, C. *Stalking... Ob.cit.* Pág. 33.

¹¹ Los dos ejemplos han sido sugeridos por GOMEZ RIVERO, C. *Ob.cit.* p. 34.

¹² Así MULLEN, PATHÉ, PURCELL, STUART, “A study of stalkers” en *American Journal of Psychiatry*, 1999, 156, p. 1244.

¹³ ROYAKKERS, “The Dutch approach to stalking laws” en *California Criminal Law Review*, 2000, 3, p.4.

conducta provoque en la víctima¹⁴. Este planteamiento conduce a dar relevancia penal a conductas que *ex ante* no son adecuadas para limitar la libertad de obrar de la víctima por la sola circunstancia de hallarnos frente a una víctima en exceso sensible.

Ante estas dificultades de definición, en buena parte provocadas por la ausencia de trabajos empíricos, la propuesta de tipificación penal del hostigamiento realizada por el Gobierno ha acabado recurriendo inevitablemente a la utilización de demasiados conceptos jurídicos indeterminados. De entrada, en el caso del legislador español el desvalor de acción se construye en torno a la acción de “acosar”. Esta opción ya ha sido criticada porque se emplea para explicar justamente el término que pretende ser definido con la generación del correspondiente bucle léxico. Sobre todo, porque -como hemos empezado destacando en estas líneas- el acoso constituye un término acerca del que no se ha llegado a consensuar ninguna definición legal. Ni siquiera puede darse por supuesta una cuestión tan fundamental como la necesidad de reiteración de la conducta para ser considerada de acoso¹⁵.

Precisamente, relacionada con esta cuestión, el prelegislador español completa el desvalor de acción recurriendo, en segundo lugar, a otra indeterminación. El proyectado artículo 172 *ter* exige que el acoso se realice “*llevando a cabo de forma insistente y reiterada (...) alguna de las conductas siguientes*”. A parte de indeterminados, los adjetivos “*insistente*” y “*reiterado*” son incluso contradictorios ya que mientras el segundo exigiría sólo dos conductas, el primero exigiría mucha más intensidad en su ejecución. Lo que resulta más discutido de esta expresión en la conducta típica es que la insistencia y la reiteración se refieren no a la conducta de acoso en sí, sino a alguna de las conductas en que el acoso considera el legislador que puede consistir y explicitadas en el precepto. Ya se ha advertido que con tal redacción puede producirse el absurdo de dejar fuera del tipo conductas en que, pese a reiterarse comportamientos persecutorios, no se produzca la circunstancia de que la persistencia pueda predicarse de la misma conducta de las ejemplificadas¹⁶.

¹⁴ Esta ha sido la opción legislativa de los EEUU, Gran Bretaña o Italia cuyas legislaciones se han caracterizado por la consideración de la reacción de la víctima en la determinación de la conducta típica. Ver ampliamente sobre la opción anglosajona VILLACAMPA,C. *Stalking...Ob.cit.* pp. 111-154. Críticamente sobre la tipificación italiana por las mismas razones, la misma, “La introducción...” en *Ob.cit.* p. 21 y FIANDACA,G./MUSCO,E. “El delito de stalking en el código penal italiano” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010.

¹⁵ En este sentido literal VILLACAMPA,C. “El proyectado delito de acecho...” en *Ob.cit.* p. 26 poniendo como ejemplo los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo conceptuados en el artículo 7 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de las mujeres y los Hombres.

¹⁶ Así, literalmente, se ha pronunciado VILLACAMPA,C. “El proyectado delito de acecho...” en *Ob.cit.* p. 28 siguiendo la crítica realizada en esta línea por el Informe del Consejo Fiscal que destacaba, por ejemplo, cómo el anuncio en un medio de comunicación o internet puede acabar

En tercer lugar, y todavía en relación al desvalor de acción, el Proyecto exige que este acoso insistente y reiterado se manifieste en un listado expreso de conductas llevadas a cabo: 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 productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella*; o 4º *Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella*. Esta opción -sugerida por el legislador alemán y austríaco- plantea el problema de dejar fuera de la relevancia penal conductas que pueden llegar incluso a ser más graves que las previstas (p.ej. maltratos de obra o lesiones leves). Es más, en la medida que el proyectado artículo 172 ter establece una cláusula concursal en la que se declara que “*las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*”, supone la vulneración del principio de *ne bis in idem*.

También puede calificarse como indeterminada la construcción del desvalor de resultado que el legislador español hace sobre la “*alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana*” de la víctima. Efectivamente se trata de un concepto novedoso en la legislación penal que no viene definido por el legislador ni tampoco, por la pena prevista en esta figura, parece que sobre él llegue nunca a pronunciarse el Tribunal Supremo por vía de casación. Por tanto, se deja en manos de la jurisprudencia menor su definición, con la consiguiente inseguridad jurídica¹⁷. Aspecto muy relevante porque, tal y como ya se ha apuntado, la redacción del precepto permite hacer una interpretación que construya el injusto alrededor del sentimiento de la víctima y no que esas conductas hubieran producido una alteración de la vida cotidiana a un hombre medio¹⁸.

De todos modos, la expresión más evidente de las dificultades para tipificar penalmente la conducta de hostigamiento la representa la alusión del proyectado artículo 172 ter a realizar “*cualquier otra conducta análoga a las anteriores*”. Con ello se pretende superar las dificultades de delimitación típica del hostigamiento y evitar que el tipo pueda quedar obsoleto con el paso del tiempo, pero se incurre en un flagrante supuesto de analogía *in malam partem*.

Las consecuencias de todo ello no son sólo la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del *principio de legalidad, en su vertiente de taxatividad*, sino del riesgo de

sometiendo a la víctima a continuas llamadas y, sin embargo, el autor del anuncio habrá realizado una única conducta.

¹⁷ GALDEANO, A. *Ob.cit.*, p. 569.

¹⁸ GALDEANO, A. *Ob.cit.*, p. 577.

caer en el *derecho penal de autor* en la medida en que la tipificación penal, a falta de un concepto criminológico o jurídico-penal preciso, se construye sobre presupuestos de diagnóstico psicológico y psiquiátrico¹⁹.

Por último, aunque no menos importante, la ausencia de trabajos empíricos sobre el hostigamiento conlleva la dificultad de identificar con exactitud cuál es el bien jurídico protegido en este delito. Si el debate ya existía en las vigentes formas de acoso, existen todavía más en el caso del hostigamiento si se tiene en cuenta -como acabamos de ver- que los actos concretos que habitualmente se producen en el marco de estas conductas de persecución pueden afectar a diversos bienes jurídicos. Tanto en la doctrina internacional como en el derecho comparado existen dudas en determinar si el desvalor de resultado debe centrarse en la producción de una sensación de desasosiego o temor en la víctima -lo que aproximaría el bien jurídico a la libertad- o bien debe implicar una afectación a la vida privada de las personas -aproximándose entonces al bien jurídico intimidad-. No han dejado incluso de alzarse voces señalando el carácter pluriofensivo del *stalking* en el que junto a la libertad también es innegable el potencial para atentar a la dignidad del que lo padece²⁰. De nuevo, la falta de base empírica en la opción criminalizadora del proyecto permite a los escasos autores que se han pronunciado sobre él llegar a conclusiones diversas respecto al bien jurídico protegido en él²¹.

En conclusión, en este punto ya puede advertirse de la importancia de avanzar, ante todo, en el análisis empírico del fenómeno antes de proyectar ninguna tipificación penal expresa del hostigamiento.

III. CUESTIONAMIENTO DE LA NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN PENAL EXPRESA.

Al margen de la ausencia de estudios empíricos, la tipificación del hostigamiento se pretende introducir sin haberse tampoco alcanzado ningún acuerdo por parte de la doctrina penal. En este punto, el debate sobre la criminalización del hostigamiento también se asemeja a las precedentes formas de acoso ya vigentes. De los pocos penalistas que se han pronunciado al respecto creo que existe consenso unánime en

¹⁹ En los orígenes de la criminalización del hostigamiento en EEUU y Gran Bretaña es evidente la influencia de los trabajos de la psiquiatría y la psicología y como los elementos de a) repetición contra un individuo concreto, b) rechazo por parte del objetivo y c) obsesión -identificados a imagen y semejanza de la metodología empleada en el DSM IV para el diagnóstico psicológico- han condicionado su tipificación penal. Ampliamente sobre estos conceptos psicológicos ver VILLACAMPA, C. *Stalking... Ob.cit.* pp. 35-42.

²⁰ GOMEZ RIVERO, C. *Ob.cit.* p. 30.

²¹ Aunque aparezca bajo la rúbrica de las coacciones, GALDEANO, A. *Ob.cit.*, p. 571 considera que se trata de un bien jurídico mixto entre libertad y seguridad y GUTIERREZ, A. *Ob.cit.*, p. 584 entiende que nos encontramos ante una suerte de híbrido entre las amenazas y las coacciones y que, por ello, debería regularse en un capítulo independiente que llevaría por rúbrica "Del acoso".

considerar que algunos actos concretos de la conducta de hostigamiento ya pueden castigarse por sí solos²². Pero el consenso sólo llega hasta aquí. En este punto aparecen dos posiciones doctrinales contrapuestas.

De un lado, la opinión de que más allá de la sanción a algunos actos concretos en los que se manifiesta el hostigamiento, no existe en el código penal vigente la posibilidad de dar respuesta al conjunto del desvalor de la conducta y de ahí la necesidad de introducir un nuevo delito *ad hoc*²³. De entrada, quedarían descartados todos aquellos delitos dirigidos a proteger bienes jurídicos absolutamente distintos a los afectados por la conducta de hostigamiento. Por ello coincidimos con la opinión que no puede subsumirse de modo general entre las *lesiones*. Aunque nuestro código penal incluya las lesiones psíquicas²⁴ y que las víctimas de hostigamiento requieren en la mayoría de casos, apoyo psicológico para superar el trauma, ni en todos los casos ese apoyo se deriva de una enfermedad psíquica²⁵, ni resultaría proporcionado exigir ese resultado para afirmar la relevancia penal del hostigamiento²⁶.

Sin embargo, mucho más discutible es que no pueda subsumirse entre alguno de los delitos contra la *integridad moral*. Y ello porque, como hemos visto, algún sector doctrinal considera que este bien jurídico se ve afectado en la mayoría de los supuestos de *stalking*. Nos referimos, en primer lugar, al delito de violencia doméstica, ámbito en el que -como las estadísticas del derecho comparado demuestran- representa el escenario habitual de estas formas de acoso. La referencia del artículo 153.3 C.P. al “*menoscabo psíquico*” permitiría dar respuesta a este fenómeno desde el derecho penal vigente a

²² Como delitos contra el honor -cuando se profieren expresiones de menosprecio a la víctima-, contra el patrimonio -cuando se producen daños en el patrimonio de la víctima-, de amenazas -cuando se intimidara a la víctima-, de violencia familiar -cuando se produjeran en ese contexto-, etc.... Por no hablar del quebrantamiento de condena -cuando se infrinjan órdenes de alejamiento-, aunque en estos casos se contemplara únicamente el desvalor que la conducta representa para la Administración de justicia sin tomar en consideración ningún bien personal de la víctima. En realidad existen un gran número de resoluciones judiciales que se pronuncian en este sentido. Ver, p.ej., SAP de Guipúzcoa núm. 3/2010, de 10 de enero o SAP de León núm. 28/2004, de 17 de marzo, entre muchas otras.

²³ Es de esta opinión, VILLACAMPA, C. *Stalking...* Ob.cit., pág. 288 y GALDEANO, A. Ob.cit., p. 568.

²⁴ La jurisprudencia del TS se ha detenido con frecuencia en el tema de las lesiones psíquicas, incluso reprochando a la jurisprudencia menor que no condenara al considerar que “sólo” son psíquicas (así la STS, de 17 de octubre de 1998).

²⁵ Así la STS, de 30 de octubre de 1996, relativa al caso *Edelweis*, subrayó que “no puede olvidarse que el delito de lesiones es eminentemente de resultado y no de peligro, por lo que es necesario acreditar unos daños psíquicos que tienen que ir más allá de las simples carencias o desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales”.

²⁶ A pesar de ello en alguna ocasión el TS ha apreciado lesiones psíquicas en el caso del que acosó a su ex novia llamándola insistentemente por teléfono, persiguiéndola y llegando incluso a agredirla en una ocasión provocándole una lesión psíquica que requirió tratamiento médico especializado por parte del Servicio de psiquiatría. Se trata de supuestos en los que la lesión “tiene una sustantividad propia”.

todos los supuestos de hostigamiento en los que las víctimas fueran algunas de las personas a que se refiere el artículo 173.2. En realidad, alguna resolución judicial ya ha condenado en base a este precepto. Es más, en segundo lugar, fuera del ámbito de la violencia doméstica un buen número de supuestos de hostigamiento también podrían reconducirse al *trato degradante* aunque hay que reconocer que, pese a que alguna resolución judicial lo haya reconducido al delito o la falta de vejaciones²⁷, el hostigamiento no tiene siempre la capacidad objetiva ni el propósito subjetivo de producir sentimientos de humillación o envilecimiento en la víctima. En definitiva, aunque en este grupo de delitos pueden subsumirse un buen número de supuestos de hostigamiento, no encajan todos los casos deseados por el prelegislador español.

En realidad, el principal problema es que pese a poder identificarse un mínimo común denominador a toda situación de acoso, constituido por la presión continuada que se ejerce sobre una persona con menor poder por parte de quien ostenta una mayor fortaleza, cabe diferenciar entre el acoso psicológico y el moral. La característica del primero -al que pertenecería el hostigamiento- es la incidencia directa en el equilibrio emocional de la persona, produciendo sentimientos de desasosiego, preocupación e inseguridad. En consecuencia, el bien jurídico lesionado por el hostigamiento se situaría más bien en la libertad y no en la integridad moral²⁸. En cierto modo, así parecer reconocerlo incluso el prelegislador español al exigir en el proyectado artículo 172 *ter* que, para ser relevante penalmente, la conducta provoque una “*alteración grave de la vida cotidiana*” de la víctima.

Y es, precisamente situado en este bien jurídico, donde empieza a haber la principal discusión. La mayoría de la doctrina que ha abordado la cuestión considera que las conductas de hostigamiento no pueden subsumirse ni entre las amenazas ni entre las coacciones. Ese también es el principal argumento utilizado por el pre legislador que en la Exposición de motivos del proyecto de reforma afirma que “*está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas*”²⁹. Por lo que respecta a las *amenazas*, estos autores consideran que no son aplicables por dos razones. Se argumenta, en primer lugar, que la amenaza requiere el anuncio de un mal concreto, aspecto que no siempre

²⁷ Subsumiendo el hostigamiento en el delito de trato degradante del art. 173.1, ver la SAP de Sevilla núm. 150/2004, de 4 de marzo. Considerándolo constitutivo de la falta continuada de vejaciones, ver la SAP de A Coruña núm. 39/2003, de 15 de abril, la SAP de Barcelona núm. 647/2006, de 29 de junio y la SAP de Zaragoza de 25 de mayo de 2005.

²⁸ Esa es la posición absolutamente unánime de la doctrina que se ha pronunciado hasta ahora. Ver, VILLACAMPA, C. *Stalking... Ob.cit.* p. 259; GUTIERREZ, A. “Acoso-Stalking: art. 173 *ter*” en ALVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) *Ob.cit.* p. 587.

²⁹ Es también de esa opinión el informe del CGPJ y el Consejo Fiscal.

aparece en el hostigamiento³⁰. Se ha llegado a afirmar que no es posible hablar de la existencia de un anuncio de un mal en sentido estricto, sino únicamente de la creación de una situación o contexto intimidatorio para la persona acosada³¹. Y, en segundo lugar, que se configura como un delito de expresión, en el que el anuncio proferido debe llegar a conocimiento del sujeto pasivo para la perfección del delito³².

Personalmente no coincido con esta opinión. En relación al segundo argumento debe advertirse que la jurisprudencia ha reconocido que el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en “*expresiones o hechos*”, de causar a otro un mal. Respecto al primero, debe subrayarse que la amenaza del mal también puede ser implícita, considerando típicas de amenazas por parte de la jurisprudencia los anuncios de males no verbalizados. En realidad, lo reconoce el mismo pre legislador al identificar que el auténtico problema es que en el hostigamiento no llega a “producirse necesariamente el anuncio *explícito o no* de la intención de causar algún mal” exigido en las amenazas. En tercer lugar, también se ha argumentado que el tipo subjetivo de las amenazas viene exigiendo un dolo específico consistente en la voluntad de atemorizar a la víctima, que encierre un plan premeditado de actuar con ese fin³³. En los casos de hostigamiento la finalidad de la conducta acostumbra a ser conseguir algún tipo de contacto personal con la víctima. Si bien es cierto que tal ánimo no concurrirá en absolutamente todos los casos de hostigamiento, no puede negarse que habrá, por un lado, supuestos en los que la finalidad del hostigamiento podrá ser la de atemorizar y, por otro, que siendo el ánimo conseguir el contacto personal con la víctima, el dolo en cualquier caso alcanzará la situación de temor a la que se somete a la víctima. Ello ya nos permite concluir la idoneidad del derecho penal vigente para responder a un buen número de supuestos de hostigamiento que sin poder subsumirse en el tipo de violencia doméstica (153.2 C.P.) o en los tipos de tratos vejatorios (173.1 C.P.) afectan a la libertad de decidir del sujeto y, en consecuencia, pueden ser constitutivos de amenazas. Esperar cada día a una persona cuando sale de su casa o llamarla por teléfono cada día son conductas objetivamente idóneas para constreñir a alguien a cambiar sus rutinas cotidianas.

Respecto a las *coacciones*, el mismo pre legislador afirma que el problema es la dificultad de identificar en los supuestos de hostigamiento “*el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima*”. Sin embargo, éste ha sido un argumento utilizado

³⁰ Así, p.ej., VILLACAMPA, C. *Stalking... Ob.cit.*, pág. 229.

³¹ GUTIERREZ, A. *Ob.cit.*, p. 584.

³² Así, p.ej., VILLACAMPA, C. *Stalking... Ob.cit.*, pág. 230.

³³ VILLACAMPA, C. *Stalking... Ob.cit.*, pág. 234 con alguna referencia jurisprudencial.

más por la doctrina³⁴ que por la jurisprudencia mucho menos reacia, como se sabe, a interpretar en sentido amplio el concepto de violencia. En realidad, el hecho de considerar como violencia los supuestos de *vis absoluta*, *vis compulsiva* e, incluso, de *vis in rebus* ha permitido que la condena por coacciones haya sido la solución por excelencia propuesta para los casos de hostigamiento denunciados hasta ahora ante los tribunales españoles³⁵. Una segunda objeción planteada por la doctrina a la posibilidad de aplicar las coacciones en estos casos es la exigencia típica de que se obligue a la persona acosada a realizar una conducta no deseada o a impedir realizar una conducta determinada. Por ello, cualquier actuación del sujeto activo que fuera compatible con la capacidad de actuar o de obrar de la víctima, pues no se ha anulado, nunca podría constituir delito de coacciones³⁶, resultado que no se manifiesta en todas las modalidades de hostigamiento³⁷.

IV. DE ALGUNAS VENTAJAS DEL INMOVILISMO PENAL

En realidad más que un problema, esta segunda objeción revela la clave de la cuestión. O bien las conductas de hostigamiento afectan a la tranquilidad como base para la toma de decisiones -pudiéndose reconducir a las amenazas- o bien obligan a las víctimas a hacer algo que no quieren hacer -constituyendo entonces coacciones-. Mantener la criminalización del hostigamiento en los tipos genéricos de amenazas o coacciones permitiría seleccionar sólo la tipicidad penal de conductas que lesionaran el bien jurídico libertad. En otras palabras, que sólo fueran típicas aquellas que fueran objetivamente adecuadas para alterar la libertad de decidir o la libertad de obrar. Cualquier otra relevancia penal del hostigamiento significa la tipificación penal de conductas sociales molestas cuya resolución debe conseguirse por vías sociales o jurídicas no penales³⁸. Llegados a este punto creo que merece recordarse que el Convenio del Consejo de Europa para la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011, no obliga a los estados europeos a criminalizar expresamente estas conductas sino que

³⁴ En esa misma línea se sitúan autores como VILLACAMPA, C. *Stalking... Ob.cit.*, pág. 238; GUTIÉRREZ, A. *Ob.cit.*, 584.

³⁵ Una muestra de estas sentencias lo constituye la SAP de las Islas baleares núm. 140/2000, de 28 de noviembre, SAP de Guipúzcoa núm. 3/2001, de 10 de enero, SAP de Cáceres núm. 58/1998, de 22 de octubre, SAP de León núm. 31/2007, de 20 de marzo, SAP de Guipúzcoa, de 29 de marzo de 2006.

³⁶ GALDEANO, A. *Ob.cit.*, p. 572.

³⁷ GUTIÉRREZ, A. *Ob.cit.*, 584.

³⁸ En este sentido se ha pronunciado el otro sector doctrinal al que aludíamos. Ver, MALLÉN, A. "Acoso-Stalking: art. 173 ter" en ALVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) *Ob.cit.* p. 591.

prevé expresamente en su artículo 78 que decidan no incriminar tales conductas, siempre que las sancionen civilmente.

Más que tipificar expresamente el hostigamiento, y hasta la formulación de un tipo genérico de acoso, sería más razonable dejar que fuera el vigente delito de coacciones el que se encargara de cerrar los mecanismos penales para responder a este fenómeno³⁹.

Uno de los argumentos utilizados por la doctrina para tipificar expresamente las conductas de hostigamiento ha sido la voluntad de colaborar de este modo a que los tribunales no tuvieran que hacer una aplicación analógica de las coacciones para incluir los supuestos en los que el hostigamiento se ejecuta intimidando a la víctima. Esta opinión peca de cierta inocencia puesto que la criminalización expresa del hostigamiento no impedirá que los tribunales continúen manejando en las coacciones el mismo concepto de violencia que han venido manejando hasta ahora. Sólo un cambio legislativo en el delito de coacciones sería capaz de interrumpir esa inercia.

Al margen de esta ventaja, la propuesta de continuar aplicando el tipo de coacciones ofrecería importantes ventajas a la propuesta del proyecto. De entrada, no sería necesario recurrir a la cláusula analógica como hace el proyectado artículo 172 *ter*. El precepto exige que junto al resultado de alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, el acoso se ejecute a través de una serie de conductas a las que finalmente se equipara cualquier “*otra conducta análoga a las anteriores*”. Reconduciendo todos los supuestos de relevancia típica del hostigamiento a las coacciones podrían sancionarse todos los casos que, independientemente de la modalidad comisiva, supongan una afectación a la libertad de la víctima, impidiendo así que esas modalidades acaben quedando obsoletas con el tiempo o que conductas más graves de las previstas en el listado pudieran quedar fuera de la relevancia típica.

Además se conseguiría evitar una de las consecuencias más criticadas de la tipificación expresa de conductas. Nos referimos a que con la tipificación expresa del hostigamiento se acaba privilegiando respecto a los tipos generales. Este problema ya se ha ido identificando en las ocasiones en que se ha ido introduciendo distintas modalidades de acoso y aparece, de nuevo, en el proyectado artículo 172 *ter*. Como ya

³⁹ Incluso una de las autoras más firmemente defensoras de la tipificación expresa del acecho (VILLACAMPA, C. “La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro” en *Revista Electrónica de Criminología*, 2010, 3, pp. 53-54) propuso adaptar la redacción del delito de coacción -incluyendo la intimidación junto a la violencia como medio comisivo- para permitir subsumir en él los supuestos más relevantes de hostigamiento sin que los tribunales tuvieran que efectuar una interpretación extensiva del concepto de violencia en las coacciones como la que actualmente impera así lo defendió en su momento. Esta es, por ejemplo, la fórmula de tipificación de las coacciones en Italia donde el artículo 610 C.P. establece que “*ciunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa é punito con la reclusione fino a quattri anni*”.

ha advertido la doctrina, comparando los marcos punitivos de esta conducta con la condena que correspondería de ser penadas conforme a los tipos en los que hasta ahora se había venido subsumiendo generalmente -como el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar o las coacciones- se observa cómo, queriendo incriminar un supuesto específico para evitar lagunas de punibilidad, se acaba privilegiando al hostigador⁴⁰. En parte podría llegar a entenderse la conminación con una pena inferior si se considerase que son afectaciones a la libertad menos graves. Pero, en nuestra opinión sólo pueden llegar a ser típicas si suponen una alteración de la libertad equiparable al de las coacciones y, en cualquier caso, es incoherente con la previsión en el proyectado artículo 172 ter de la cláusula concursal en la que se prevé que *“las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”*. En este caso, estaríamos ante un concurso de leyes a resolver conforme los principios establecidos en el artículo 8 C.P. Habría una progresión delictiva y cualquier actuación que tuviera autonomía para constituir otro delito debería ser absorbida por el acoso o por el delito al que se le imponga mayor pena. De lo contrario estaríamos ante supuestos de vulneración del *non bis in idem*⁴¹.

A mayor abundamiento, de entrar en vigor y declararse inconstitucional el artículo 172 ter por ser su cláusula analógica contraria al principio de taxatividad, los casos análogos que no aparezcan estrictamente tasados en él, podrían igualmente reconducirse al delito de coacciones que tiene, recordemos, una pena mayor, lo cual supondría una gran perplejidad y contradicción político-criminal.

Además, la opción de reconducir los casos más graves de hostigamiento a las coacciones no debe olvidarse que constituye una, por no decir la principal, de las opciones previstas en el derecho comparado. Es el caso, entre otros, de Finlandia, donde los casos de hostigamiento se condenan como amenazas o coacciones de los artículos 7 y 8 del capítulo 25 de su código penal y a través de los delitos contra la intimidad de su capítulo 24. Es el caso de Portugal, también se sancionan a través del delito de amenazas o de coacciones de los respectivos artículos 153 y 154 de su código penal o de algunas tipologías delictivas contenidas entre los delitos contra la intimidad⁴². Y, por supuesto, Francia donde el concepto de violencia en las coacciones ha venido

⁴⁰ Así lo reconoce VILLACAMPA, C. “El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en derecho penal español” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, época II, mayo 2013, pág. 40.

⁴¹ En este sentido se ha manifestado GALDEANO, A. “Acoso-Stalking: art. 173 ter” en *Ob.cit.*, pág. 574.

⁴² Ampliamente sobre la solución jurídica de los casos de acecho en estos países ver VILLACAMPA, C. *Stalking...Ob.cit.*, pp. 187 y ss.

interpretándose sin necesidad de contacto físico y con posible resultado psicológico⁴³, lo que ha permitido a sus tribunales condenar como coacciones muchos supuestos de hostigamiento⁴⁴.

Por último, con ello creemos que se evitaría tener que recurrir continuamente a nuevas tipificaciones para aclarar qué es delito, aspecto que -para finalizar- constituye otra de las críticas al precepto a la que quiero referirme.

V. A MODO DE REFLEXIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Iniciábamos estas líneas observando que el artículo 172 ter del Proyecto de reforma de código penal respondía a un determinado “*patrón criminalizador*” propio de las reformas penales de los últimos años caracterizado por tipificar conductas de dudosa necesidad, si atendemos a los tipos genéricos ya vigentes y cuya finalidad sería más bien la de desarrollar funciones simbólicas de diversa índole. En realidad, la regulación penal del acoso responde íntegramente a este modelo desde que a partir de 1995 se han ido incorporando paulatinamente diversas manifestaciones de este fenómeno en el texto punitivo. Primero el acoso sexual (art. 184 C.P.), más tarde la introducción del acoso laboral (art.173.1.II C.P.), la doble criminalización del acoso inmobiliario como hecho puntual (art. 172.1.III C.P.) o como trato humillante (art.173.1.I C.P.) y el acoso a menores de edad a través de internet y otros medios de comunicación (art. 183 bis C.P.). Ahora el hostigamiento (art. 172 ter) y, de seguir el promedio de reformas del código penal de los últimos veinte años, en seis meses se propondrá la tipificación del acoso escolar o *bullying*.

Pese a ello, creemos que desde una perspectiva exclusivamente político-criminal, el proyectado artículo 172 ter representa probablemente la peor de las experiencias de criminalización de formas de acoso vistas hasta el momento. Como acabamos de ver, al margen de no haberse aprovechado la ocasión para presentar una regulación integral del acoso, supone una toma de decisión político-criminal sin ningún tipo de base empírico-criminológica, ni consenso doctrinal.

Pero, además, se trata de una decisión que ni siquiera está fundada en esta ocasión - como acostumbra a hacer el legislador penal español en todas las reformas penales de los últimos 15 años- en los compromisos internacionales. Es cierto que el *Convenio del*

⁴³ Ver, por todos, ANDRÉ, C. *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2013, pág. 117; PELLETER, H.-PERFETTI, J. *Code pénal*, Paris, Lexis Nexis, 2013, pág. 203; RASSAT, M.L. *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2011, pág. 389.

⁴⁴ Casos como el de golpear la pared cada noche, provocando enfermedad nerviosa (Cass.crim. 22.10.1936), enviar un paquete de excrementos (Cass.crim. 8.11.1990), enviar cartas anónimas injuriantes y amenazantes (Cass.crim. 13.7.1991), persecuciones telefónicas (Cass.crim. 3.1.1969), enviar numerosas propuestas de encuentros no deseados (Cass.crim. 17.6.1992).

Consejo de Europa para la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011, establece en su artículo 34 la posible incriminación del hostigamiento en los supuestos de aquellas conductas intencionadas reiteradamente amenazantes que causen en la víctima temor por su seguridad. Sin embargo, ni ha entrado todavía en vigor, ni obliga tan siquiera este Convenio a recurrir al derecho penal puesto que su artículo 78 prevé que cualquier Estado de la Unión europea declare que se reserva el derecho a no aplicar sanciones criminales, bastando con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas.

Tampoco se trata de una decisión construida por los medios. La doctrina penal española ya ha destacado la influencia de los medios de comunicación en la toma de decisiones políticocriminales de los últimos años⁴⁵. Incluso existen opiniones favorables a considerar que el origen del hostigamiento como problema en EEUU tuvo que ver con magnificaciones del mismo producidas por los medios de comunicación⁴⁶. Sin embargo, la influencia de los medios en la agenda política, en la preocupación ciudadana por determinados fenómenos criminales, en la jerarquización de unos determinados temas penales sobre otros (*agenda setting*) e incluso de formación de una determinada posición respecto a cómo debe abordarse una cuestión penal (*opinion building*), observado en otros temas penales⁴⁷ no ha existido, como mínimo, en España respecto al hostigamiento.

En consecuencia, la criminalización del hostigamiento se insinúa como una muestra de lo que Garland ha denominado “*acting out*”, una forma de actuar irreflexiva e impulsiva que elude cualquier reconocimiento realista de los problemas subyacentes, proveyendo al mismo hecho de actuar su propia forma de gratificación y consuelo⁴⁸. En otras palabras, se trata de una decisión que desarrolla funciones eminentemente simbólicas. De un lado, funciones propagandísticas, para presentarse como un país pionero en la reforma penal, para encontrar en este ámbito, el penal, la legitimidad perdida en el resto de competencias propias de un estado soberano, especialmente las reguladoras del mercado puestas claramente en jaque en el presente contexto de crisis.

⁴⁵ Ver, en este sentido, los trabajos definitivos de GARCÍA ARÁN, M.-BOTELLA CORRAL, J. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008.

⁴⁶ Ver bibliografía norteamericana citada en VILLACAMPA, C. “El proyectado delito de acecho...” en *Ob.cit.* p. 11 nota 5. De hecho, la expresión “*stalking*” en inglés, fue ideada por los medios para referirse a los casos de persecución y acecho continuados que trataban. Así, VILLACAMPA, C. *Stalking...Ob.cit.* p. 24.

⁴⁷ Todos estos aspectos han sido identificados respecto a otras reformas penales. Ver, por ejemplo, en relación con la reiteración de pequeñas faltas contra el patrimonio BAUCCELLS, J. - PERES NETO, L. “Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto” en *Revista penal*, núm. 27, 2011, pp. 124-128.

⁴⁸ GARLAND, D. *La cultura del control*, Barcelona, 2005, pp. 224-228.

De otro lado, funciones valorativas puesto que pueden reforzar los valores que dicen proteger, sin ser necesarias porque la ley penal ya disponía de instrumentos. En realidad no deja de ser una norma interpretativa que resulta innecesaria si los tribunales son capaces de adaptar las normas generales a las nuevas situaciones que se plantean. En este tipo de normas, la función desvalorizadora simbólica deja de ser un instrumento para la protección de intereses y se convierte en un fin en sí mismo, que resulta predominante. Y si ello se instaura como técnica legislativa, no resultará extraño que los jueces esperen a nuevas reformas para dar solución a cuanto, con apariencia de novedoso, se les plantee⁴⁹.

⁴⁹ Especialmente crítica con esta tendencia por alterar la tradicional forma de legislar de la codificación basada en normas generales capaces de dar respuesta a multitud de problemas se manifiesta GARCÍA ARÁN, M. "El derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático" en GARCÍA ARÁN, M. - BOTELLA CORRAL, J. *Malas noticias...Ob.cit.* pp. 199-201.