

# Documento TOL7.452.467

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Delito de acoso hostigamiento o stalking. Delito de violencia de genero

Del examen del teléfono que exhibió en su declaración infiere indicios de un presunto **delito de acoso** del artículo 172 ter código penal.

El **delito de hostigamiento** surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito ( si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal ).

En los intentos de conceptualizar el fenómeno del **stalking** desde perspectivas extrajurídicas se manejan habitualmente, con unos u otros matices, 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 ... pues bien, es muy frecuente en esos ámbitos exigir también un cierto lapso temporal.

PROCESAL: Fumus boni iuris. Periculum in mora

**Jurisdicción:** Penal

**Ponente:** [MIGUEL ANGEL FERNANDEZ DE MARCOS MORALES](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Madrid

**Fecha:** 03/07/2019

**Tipo resolución:** Auto

**Sección:** Vigésimosexta

**Número Sentencia:** 1071/2019

**Número Recurso:** 1173/2019

**Numroj:** AAP M 2374/2019

**Ecli:** ES:APM:2019:2374A

### ENCABEZAMIENTO:

Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 10 - 28035

Teléfono: 914934479

Fax: 914934482

GRUPO TRABAJO AMP

N.I.G.: 28.092.00.1-2018/0017209

Apelación Autos Violencia sobre la Mujer 1173/2019

Origen : Juzgado de Instrucción nº 3 de Móstoles

Diligencias previas 2347/2018

Apelante: Imanol

Letrado: MIRIAM BARRIENTOS LOPEZ

Apelado: Marí Trini y MINISTERIO FISCAL

Letrado: PEDRO MANUEL ZAPATERO RODRIGUEZ

A U T O N° 1071/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILTMOS./AS. SRES./AS. MAGISTRADOS/AS:

Dª Teresa Arconada Viguera (Presidenta)

D. Miguel Fernández de Marcos y Morales (Ponente)

D. Eduardo Jiménez Clavería Iglesias

En Madrid, a 3 de julio de 2019.

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación de Imanol se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de fecha 24 de noviembre de 2018 dictado en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Móstoles , por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez Dª Gemma Dolores Solé Mora en las Diligencias Previas 2347/2018, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y a otras partes personadas. El recurso de reforma se desestimó mediante Auto de fecha 29 de enero de 2019 .

SEGUNDO.- El recurso de apelación contra el auto de fecha 24 de noviembre de 2018 se elevó a esta Audiencia Provincial de Madrid , y admitido a trámite, se señaló día para la deliberación y votación del citado recurso, acto que tuvo lugar el día de la fecha, designándose como Ponente al Ilustrísimo Sr. Magistrado Don Miguel Fernández de Marcos y Morales, que expresa el unánime parecer de la Sala.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- Por la abogada de Imanol se interpone subsidiario recurso de apelación contra el auto de 29.01.19 de la Juez del JI 3 de Móstoles (DP 2347/2018 ), que desestima previo recurso de reforma contra previo auto de 24.11.18 de la referida Juez que acuerda orden de alejamiento. Se alega, en esencia, que no existe más elemento que la sola declaración de la denunciante, siendo todos los hechos negados por el denunciado. Que la denunciante Marí Trini el día antes de que Imanol hiciera las llamadas se puso en contacto con el denunciado, insultándole y riéndose de él, aportando los mensajes, que reflejan la educación con al que Marí Trini habla a Imanol y la forma de dirigirse al mismo, que -entiende- acredita que Marí Trini no tiene en absoluto nada de miedo, hablándole con insultos y desprecio, acompañándolo del emoticono de la risa todo el tiempo. Que si bien el denunciado reconoce haberle llamado es sólo y exclusivamente para poder recoger sus cosas, ya que toda su ropa se encuentra en el domicilio donde vive la denunciante. Que de las actuaciones no existe sustento indiciario bastante que permita justificar la medida de alejamiento acordada en la resolución que se recurre. No constan alegaciones ni nota/diligencia de realización/unión/remisión, tras el dictado del auto denegatorio del recurso de reforma.

El/La Fiscal, en escrito de 19.12.18, impugna el recurso interesando su desestimación alegando ser ajustado a derecho en atención al elevado número de llamadas y mensajes y el temor que los mismos causas en ella. Alegaciones que se vienen a reproducir en escrito de 12.04.19 en el que se interesa la desestimación del subsidiario recurso.

El abogado de Marí Trini impugna el recurso. Niega la realidad de los supuestos mensajes de "watsup" que se adjuntan. Que no consta acreditada la representación de la Letrada y que lo que pretende el recurrente es anteponer su valoración a la objetivamente realizada por la Juez a quo. Alegaciones en las que se reitera en escrito de 18.03.19 con motivo del subsidiario recurso que nos ocupa.

SEGUNDO.- La Juez del JI 3 de Móstoles (DP 2347/2018), en su auto de 24.11.18 , acuerda el dictado de orden de alejamiento por en base al art. 544 bis LECr , refiriendo que la denunciante manifiesta temor al denunciado, que "desde hace una semana" que dejó la relación le acosa, recibiendo innumerables llamadas y mensajes para que vuelva. Que del examen del teléfono que exhibió en su declaración infiere indicios de un presunto delito de acoso del art. 172 ter CP . Acuerda la medida como vigente durante la instrucción de la causa (f 43).

En posterior auto de 29.01.19 de la referida Juez se desestima el recurso de reforma señalado que la denunciante afirma que desde que cesó la convivencia una semana antes ha estado recibiendo casi 300 llamadas y mensajes en los que le pide volver, teniendo que bloquear y que tiene miedo al denunciado y a su familia. Que en su declaración se reflejó un gran número de llamadas, y el nivel de riesgo policial fue alto.

Acuerda el mantenimiento de la medida.

TERCERO.- El artículo 544 bis LECr , introducido por Ley 14/1999 de 19 de junio, y modificado su último párrafo por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, dispone que: "En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal , el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.\_ En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.\_ Por su parte el artículo 544 ter apartado 1 de dicha Ley, introducido por Ley 27/2003 de 31 de julio , modificado dicho apartado por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, señala que: "El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los caos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionada en el artículo 173.2 del Código Penal , resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

Partiendo de dicha regulación, sabido es que cuando de adopción de medidas cautelares reales se trata, la resolución que las acuerda ha de analizar la concurrencia de las propuestas que la condicionan. Esto es el llamado "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho, que en el procedimiento penal se concreta en la existencia de indicios racionales de criminalidad; y el "periculum in mora" o peligro de mora. Así como efectuar un ponderado análisis de la finalidad que se pretende con la medida cautelar y de los intereses en conflicto valorando su necesidad y proporcionalidad.\_ En relación a las medidas de alejamiento es necesario, que se esté investigando un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal , o existan indicios fundados de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código penal , así como que exista un peligro para la víctima, y que sea estrictamente necesaria a fin de protección de la misma.\_ A los efectos de determinación del peligro, deben evaluarse los antecedentes existentes en la causa, de los que se pueda inferir que el denunciado puede seguir cometiendo hechos violentos atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima, con objeto de determinar si es necesaria la medida con objeto de evitar nuevos actos de agresión.

CUARTO.- Obligado deviene principiar por señalar que lo solicitado por la denunciante fue una orden de protección (f. 38), que no de alejamiento, ello en fecha 23.11.18, y si bien el auto objeto de recurso se dictó el 24.11.18 , no indicando sino que no había sido citado el denunciado (f. 53), lo que no es equiparable a que se encontrara en paradero desconocido o que la citación devino en infructuosa, es lo cierto que al denunciado le fue recibida declaración el mismo día 24.11.18 en el Juzgado Mixto 4 de Alcorcón (f. 59). Ello no obstante no fue celebrada la comparecencia prevista en el art. 544 ter LECr , e incluso el auto desestimatorio de la reforma de 29.01.19 mantiene la orden de alejamiento, sin la celebración de aquélla. Sin embargo tal cuestión no es planteada por los operadores jurídicos intervinientes, por lo que por razones de economía procesal se procederá a la resolución del subsidiario recurso interpuesto.

Desde lo expuesto, sin entrar en otras consideraciones, sin ánimo de prejuzgar y a los solos efectos que nos ocupan, es lo cierto que el denunciado, en esencia, negó los hechos para en relación con la denunciante, refiriendo, entre otros extremos, que la denunciante quiere volver con él, que nunca le ha forzado a tener relaciones sexuales, que nunca le ha amenazado, que ella tiene cosas de él en el domicilio de ella, que viven en sitios distintos y tienen trabajos distintos. Que él nunca le ha hecho daño a ella, que no se esperaba esto, que la está olvidando y que cada uno ya está haciendo su vida, que ella se ha puesto en contacto con él (f. 47 reverso).

Así las cosas, amén de que en la denuncia inicial no se refiere por la denunciante el ilícito que se indica en la resolución judicial de instancia como determinante para la adopción de la orden de alejamiento (f. 1), es claro que al tiempo de solicitar la orden de protección la denunciante refiere inexistencia de testigos de los hechos (f. 39), y en sede policial carecer de prueba de posibles daños o violencia en objetos o bienes de la pareja (f. 21), no habiendo acudido a centro médico o facultativo (f. 290). En relación con las llamadas que se refieren como determinantes en la adopción de la orden de alejamiento es igualmente cierto que amén de no constar Acta o Diligencia de cotejo, no consta su contenido, sino que con motivo de la declaración de la denunciante que se refiere "un gran número de llamadas del 18 al 19 de noviembre" (f. 50), ello sin mayor concreción, sin indicación del número, día y hora, ni identidad de llamante y receptor, ni acreditación de las correspondientes titularidades. Siendo preciso señalar, con p.e. STS 2ª 08.05.17, nº 324/2017, rec.

1775/2016 , para en relación con el que se refiere como acoso, que el Alto Tribunal recuerda que se precisa una vocación de persistencia o una intencionalidad, latente o explícita, de sistematizar o enraizar una conducta intrusiva sistemática (persecución, reiteración de llamadas...), capaz de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de la víctima. Son hechos que, vistos conjuntamente, suponen algo más que la suma de cuatro incidencias, pero que no alcanzan el relieve suficiente, especialmente por no haberse dilatado en el tiempo, para considerarlos idóneos o con capacidad para, alterar gravemente la vida ordinaria de la víctima... La reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto. Algunas podrían por sí solas invadir la esfera penal. La mayoría, no. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal).

El desvalor que encierran los concretos actos descritos (llamadas incontestadas, presencia inesperada...), examinados fuera de su contexto es de baja entidad, insuficiente para activar la reacción penal.

Pero la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto.

Se exige implícitamente una cierta 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.

Globalmente considerada no se aprecia en esa secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar... No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica,...) que no pueden ser totalmente orilladas.

En los intentos de conceptualizar el fenómeno del stalking desde perspectivas extrajurídicas - sociológica, psicológica o psiquiátrica- se manejan habitualmente, con unos u otros matices, 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... Pues bien, es muy frecuente en esos ámbitos exigir también un cierto lapso temporal. Algunos reputados especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones). Otros llegan a hablar de seis meses...

No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP , pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana.

Al denunciado no le constan antecedentes penales (f. 45).

Es por en base a lo expuesto que, a los solos efectos que nos ocupan, máxime atendidos los principios de necesidad, proporcionalidad e/o idoneidad, concluimos no acreditada la concurrencia de elementos objetivos, por objetivables, que permitan, entre otros esenciales extremos, apreciar los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles ya referidos, por lo que deberá estarse a lo que se acordará.

Lo anterior quedando a salvo, claro está, el derecho de los interesados para solicitar y/o exponer lo que a su derecho convenga, para en el caso de posteriores y/o sobrevenidas circunstancias ( art. 544 ter 11 LECr ).

QUINTO.- Las costas devengadas se declaran de oficio, vistos los arts. 240 LECr .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLO:**

La Sala acuerda DEBEMOS ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la abogada de Imanol contra el auto de 29.01.19 de la Juez del Juzgado de Instrucción 3 de Móstoles (DP 2347/2018), que desestima previo recurso de reforma contra previo auto de 24.11.18 de la referida Juez, que queda sin efecto, declarando de oficio las costas devengadas.

Queda a salvo el derecho de los interesados para solicitar y/o exponer lo que a su derecho convenga, para en el caso de posteriores y/o sobrevenidas circunstancias ( art. 544 ter 11 LECr ). Lo anterior declarando de oficio las costas devengadas en la presente alzada.

Remítase testimonio de este auto al Juzgado Instructor para su conocimiento y efectos pertinentes.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas con las indicaciones que contiene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Asimismo llévense a efecto las anotaciones, inscripciones, comunicaciones y/o remisiones, en los modos y términos normativamente establecidos, a las personas y/o a/ en los órganos correspondientes, con arreglo a la normativa vigente.

Contra el presente no cabe recurso.

Así por este nuestro auto lo acordamos, mandamos y firmamos.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.