

0

EL DELITO DE PERSECUCIÓN O ACECHO EN EL DERECHO ALEMÁN: POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

THE CRIME OF PERSECUTION OR STALKING IN GERMAN LAW: THE SUPREME COURT'S POSITION

LE CRIME DE PERSÉCUTION OU DE HARCÈLEMENT EN DROIT ALLEMAND : POSITION DE LA COUR SUPRÊME

O CRIME DE PERSEGUIÇÃO OU PERSEGUIÇÃO NO DIREITO ALEMÃO: POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL

190

0

Fecha de Recibido: 18 de septiembre de 2019

Fecha de Aceptado: 3 de diciembre de 2019

Margarita Roig Torres¹

¹ Catedrática de Derecho penal. Universitat de València (España). Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto “Valoración de las recientes reformas adoptadas en los delitos de violencia de género” (Aico/2017/109), concedido por la Conselleria D’Educació, Investigació, Cultura i Esport, de la Generalitat Valenciana.

Resumen

El delito de persecución del § 238 StGB fue reformado por la Ley de 1 de marzo de 2017, dejando de ser un delito de resultado para convertirse en un delito de idoneidad. De modo que ya no se requiere que el autor cause una perturbación grave en la forma de vida de la persona acosada, sino que basta que su conducta sea objetivamente adecuada para ello. Ahora bien, se conserva la polémica cláusula analógica del número 5 del apartado 1, que ha sido tachada de inconstitucional por vulnerar el principio de certeza y que, sin embargo, el legislador ha decidido no derogar, con el fin de seguir permitiendo el castigo de acciones no previstas expresamente, pero de gravedad semejante.

Palabras clave

Stalking, acoso, *Nachstellung*, § 238 StGB, artículo 172 ter del Código penal español.

Abstract

The crime of persecution of § 238 StGB was reformed by the Law of March 1st, 2017, ceasing to be a result crime to become a suitability crime. So that the author is no longer required to cause a serious disturbance in the way of life of the harassed person, but it is enough that his conduct is objectively adequate for it. However, a controversial analogical clause remains in section 1, number 5 of § 238 StGB. It has been labeled as unconstitutional for violating the principle of certainty, but the legislator has decided not to repeal it, in order to continue allowing the punishment of actions not expressly foreseen, but of similar severity.

Keywords

Stalking, acoso, *Nachstellung*, § 238 StGB, article 172 ter Spanish Criminal Code.

Résumé

Le délit de persécution prévu à l'article 238 du StGB a été modifié par la loi du 1er mars 2017, passant d'un délit de résultat à un délit d'aptitude. Ainsi, il n'est plus nécessaire que l'auteur provoque une perturbation grave dans le mode de vie de la personne harcelée, mais il suffit que son comportement soit objectivement adapté à cette fin. Toutefois, la clause analogique controversée du paragraphe 1, numéro 5, qui a été déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle viole le principe de certitude, et que le législateur a néanmoins décidé de ne pas abroger, a été maintenue, afin de continuer à permettre la répression d'actes non expressément prévus, mais d'une gravité similaire.

Mots-clés

Traque, harcèlement, Nachstellung, § 238 StGB, article 172 ter du code pénal espagnol.

Resumo

O crime de perseguição previsto no § 238 StGB foi alterado pela lei de 1 de Março de 2017, passando de infracção resultante para infracção de aptidão. Assim, já não é necessário que o autor da infracção cause uma perturbação grave no modo de vida da pessoa que é assediada, mas é suficiente que a sua conduta seja objectivamente adequada para esse fim. Contudo, a controversa cláusula análoga do n.º 1, número 5, que foi considerada inconstitucional por violar o princípio da certeza, e que o legislador decidiu, no entanto, não revogar, foi mantida, a fim de continuar a permitir a punição de acções não expressamente previstas, mas de gravidade semelhante.

Palavras-chave

Perseguição, assédio, Nachstellung, § 238 StGB, artigo 172.º ter do Código Penal espanhol.

LA PROTECCIÓN DE LA MUJER COMO OBJETIVO PRINCIPAL

Al igual que en el resto de los países, en Alemania la mayoría de las víctimas que sufren acoso son mujeres¹⁰⁶ y los autores son hombres con los que han mantenido una relación afectiva (Fischer, 2012, p. 1583). Además, el fin de reconciliación a menudo va unido a un sentimiento de odio (Eisele, 2014, p. 2279), que hace que sean frecuentes los Comportamientos amenazantes, con recurso incluso a la violencia (Neubacher/Seher, 2017, p. 1029). Por eso, para afrontar este fenómeno, comúnmente conocido como *stalking*, se han regulado diversas medidas dirigidas especialmente a proteger a las mujeres (Kubiciel/Borutta, 2016, p. 194).

En primer lugar, se aprobó la Ley de protección jurídico civil frente a la violencia y a la persecución (*Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen*), de 11 de diciembre de 2001. Según esta norma quien sufre actos de acoso puede solicitar al tribunal una prohibición de aproximación y comunicación respecto al acosador, tanto si se trata de actuaciones menores como si revisten caracteres de delito¹⁰⁷ y la violación de estas órdenes puede conllevar el pago de elevadas multas (Kroschewski, 2017). La existencia de esta disposición civil se debe a que, el delito de persecución del § 238 StGB era hasta hace poco un delito privado, de manera que para que se iniciara el proceso penal la parte agraviada debía ejercer la acusación, salvo que existiera un interés público, en cuyo caso intervenía el fiscal¹⁰⁸. Por el contrario, las medidas de esta ley puede pedir las directamente la persona afectada sin necesidad de letrado (Eisele, 2014, p. 2289).

En segundo lugar, la Ley de creación del delito de la persecución persistente (*Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen*), de 22 de marzo de 2007, introdujo ese ilícito en el Código penal (§ 238 StGB) (Neubacher/Seher, 2017, p. 1029). El fin de esta norma era tipificar conductas de hostigamiento que con anterioridad no podían sancionarse con los tipos existentes (amenazas, allanamiento de morada, lesiones, daños, coacciones, injurias, etc.

¹⁰⁶ Se estima que un 90% de las víctimas son mujeres. Neubacher/Seher, 2017, p. 1029.

¹⁰⁷ De hecho, en el artículo 1 se contemplan las mismas conductas que en los números 1 a 4 del apartado 1 del § 238 StGB, donde se regula el delito de “persecución” (*Nachstellung*). Eisele, 2014, p. 2281).

¹⁰⁸ El fiscal remitía a la acción privada en el 70% de los casos. Conzelmann, 2017.

(Schluckebier, 2009, p. 1430), de modo que las personas afectadas tenían que recurrir a los tribunales civiles para obtener protección¹⁰⁹.

En cambio, en el delito de persecución (*Nachstellung*) del § 238 StGB se castiga un amplio abanico de supuestos de acoso. En los números 1 a 4 del apartado 1 se prevén las acciones de hostigamiento más habituales. A continuación, en el número 5 se sanciona a quien realice “otras conductas semejantes”, mediante una cláusula abierta que pretendía dar cabida a futuros actos resultantes del desarrollo tecnológico (Fischer, 2012, p. 1581). Finalmente, en los apartados 2 y 3 se recogen tipos cualificados destinados a proteger la vida y la salud de la víctima y de sus familiares o personas cercanas a ella.

Sin embargo, desde un principio el delito de persecución suscitó críticas, incluso desde el punto de vista de la Ley Fundamental¹¹⁰. En el orden terminológico la expresión utilizada, “*Nachstellung*” (persecución), no se estimó acertada para describir el injusto. Ese concepto se tomó del § 292 StGB (Heribert Blum, 2007), que lleva por título “*Jagdwilderei*” (caza furtiva)¹¹¹ y pena a quien captura animales sin autorización. En el § 238 StGB el término “*Nachstellen*” se equipara al verbo anglosajón *to stalk* y se le atribuye el mismo sentido de perseguir (*verfolgen*) (Fischer, 2012, p. 1583). Pero en la doctrina se argumenta que, así como en el § 292 StGB es adecuado para abarcar las acciones de atrapar o apropiarse de la pieza de caza, este significado no es extrapolable a la persecución de personas, que puede hacerse con un fin legítimo, por ejemplo, el ejercicio del periodismo en el marco de la libertad de prensa (Kubiciel/Borutta, 2016, p. 194).

Por otra parte, el contenido del § 238 StGB fue censurado tanto por los detractores como por los partidarios de incorporar al Código penal la figura comúnmente conocida como *stalking* (Neubacher/Seher, 2017, p. 1036). Los primeros porque su introducción chocaba con el principio de subsidiariedad, teniendo en cuenta que la legislación civil ya contemplaba mecanismos de

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

¹¹⁰ Respecto al escepticismo inicial al a aplicación de este precepto, Peters, 2009, pp. 238. Sin embargo, apunta diversas sentencias que ya originariamente condenaron en virtud de este ilícito. Krüger, 2010, p. 546.

¹¹¹ Sobre esta identidad, la Sentencia del Tribunal regional de Heidelberg de 6 de mayo de 2008 (2 KLS 22 Js 6935/07). (Disponible en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Heidelberg&Datum=06.05.2008&Aktenzeichen=2%20KLS%2022%20Js%206935/07>).

protección para las víctimas. Los segundos porque la nueva regulación no las amparaba suficientemente, al requerir que el hostigamiento afectara de forma grave a su estilo de vida, resultado que, como se verá, se ha interpretado en la jurisprudencia en sentido muy estricto, requiriendo que la persona acosada haya adoptado cambios esenciales en sus hábitos de conducta externa.

A ello se sumaban otros reproches esenciales, relativos a la inseguridad jurídica y la consiguiente violación del principio de legalidad que comportaba el número 5 del apartado 1, donde se castiga a quien comete otra conducta semejante (a las descritas en los números anteriores), facultando a los órganos judiciales para sancionar actos no previstos expresamente mediante la interpretación analógica *in malam partem* (Kühl, 2011, p. 1094).

Además, en la legislación procesal el § 374.1.5 StPO incluía el § 238 apartado 1 StGB entre los delitos privados, lo que suponía que para su enjuiciamiento era necesario que la persona agraviada asumiera la carga de dirigir el proceso penal, cubriendo los gastos de su propio letrado y con el riesgo de la posible condena en costas (Eisele, 2014, p. 2289).

Pues bien, la Ley de reforma de 1 de marzo de 2017 corrigió gran parte de estas deficiencias. En concreto, sustituyó la exigencia de resultado por la adecuación objetiva de la conducta para producirlo, y eliminó su naturaleza de delito privado.

REGULACIÓN DEL DELITO DE PERSECUCIÓN

La Ley de reforma de 1 de marzo de 2017

La Ley de mejora de la protección contra la persecución, de 1 de marzo de 2017 (*Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen*, vom 1. März 2017, Bundesgesetzblatt Teil I 2017 Nummer 11 vom 9. März 2017. Seite 386-387)), introdujo modificaciones importantes en el delito de persecución (*Nachstellung*) del § 238 StGB. La principal fue la supresión del resultado como elemento necesario para el nacimiento del delito. Hasta entonces se requería que la conducta del autor produjera un "deterioro grave en el estilo de vida" (*Schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung*) de la víctima. Con

la nueva regulación basta que sea adecuada para ello. De esta forma, pierde su perfil clásico de delito de resultado (*Erfolgsdelikt*) y se configura como un delito de idoneidad (*Eignungsdelikt*).

El Ministro de Justicia justificaba la reforma por la necesidad de subordinar el castigo exclusivamente a la conducta del autor y no a la respuesta de la víctima. Con ello se persigue mejorar la protección frente al *stalking* y facilitar la condena de estos hechos. En este sentido, señalaba el Gobierno en el proyecto de ley, que la protección penal sólo existía, en el mejor de los casos, si la persona acosada alteraba su comportamiento habitual y sucumbía a la presión del ofensor. Por consiguiente, la responsabilidad penal no dependía de las acciones del infractor ni de su calidad, sino únicamente de cómo reaccionaba la parte afectada. En cambio, con la regulación actual las medidas que haya adoptado frente al acosador ya no son decisivas para que recaiga una pena. La cuestión crucial para dilucidar en el proceso es si la conducta del acusado reviste la gravedad necesaria para hacer cambiar significativamente el modo de vida de una persona (Kubiciel/Borutta, 2016, pp. 194 a 198).

Igualmente, algunos expertos pusieron de relieve la irracionalidad que la regulación anterior suponía para ambas partes, pues si quien sufría el hostigamiento era muy sensible el autor podría ser castigado desde un principio, mientras que si tenía una personalidad fuerte el infractor actuaría durante demasiado tiempo con impunidad¹¹². La doctrina ha subrayado, además, que al suprimir el resultado se evita que cuando no se acreditan cambios de suficiente envergadura la absolución pueda actuar de incentivo para que el demandado persista en su actuación (Müller, 2016).

En resumen, con la redacción actual basta para condenar que los actos sean objetivamente adecuados para alterar gravemente el modo de vida de la víctima, pero no es necesario que realmente haya introducido cambios esenciales, como mudarse de vivienda o de trabajo o renunciar a ciertas actividades, según venía exigiendo la jurisprudencia.

A mi juicio, este nuevo enfoque es positivo, puesto que el delito se somete a parámetros objetivos y no depende de las medidas que ha tomado cada víctima individual para evitar al acosador, en las que influye su fortaleza psíquica, junto a otros factores, laborales, económicos, familiares, etc. Además, el tipo de

¹¹² Opinión expresada por Thomas Janovsky, Fiscal general en Bamberg. (Disponible en <https://www.bundestag.de/blob/479150/d9ddb4d53f40b151877ad839a24f89ef/janovsky-data.pdf>).

respuesta varía en función de los actos de acoso perpetrados por el infractor. Si se producen por medios de telecomunicación, será frecuente que la parte afectada bloquee el contacto del hostigador en el WhatsApp, que cambie de número de teléfono o de cuenta de Facebook. Pero si consisten en un acercamiento personal, mediante visitas al puesto de trabajo o al domicilio, la decisión de abandonarlos es mucho más drástica. En este caso requerir una modificación de esta clase para condenar al responsable me parece desproporcionado en comparación con otras situaciones de hostigamiento.

De todas formas, la regulación actual atribuye una mayor discrecionalidad a los órganos judiciales para apreciar el ilícito y esto conlleva el riesgo de que sancionen actuaciones sin entidad suficiente. No obstante, hay que decir que esta tendencia se advierte en la doctrina, donde algunos autores, llevados por la propensión a proteger a las mujeres, olvidan el principio de intervención mínima y demandan una mayor aplicación del § 238 StGB. En cambio, los tribunales han realizado una interpretación muy restrictiva del “*Nachstellung*” y han condenado sólo casos muy graves.

Junto a esta primera novedad sustantiva, como he dicho, la Ley de reforma de 2017 ha introducido un cambio procesal importante. Bajo la regulación anterior el tipo básico del apartado 1 del § 238 StGB se incluía en la lista de delitos privados contenida en la ley procesal (§ 374 StPO) (Schluckebier, 2009, p. 1434). Esto suponía que el fiscal no actuaba de oficio salvo que existieran intereses públicos relevantes, de modo que la parte agraviada podía ejercer la acusación, pero para ello debía asumir los costes del proceso, lo que se vio como un abandono por el estado respecto a las víctimas de estas actuaciones (Conzelmann, 2017). La citada Ley mantiene el apartado 4 del § 238 StGB, que requiere denuncia para enjuiciar la conducta básica del apartado 1, pero el delito deja de ser privado.

Pese a estas mejoras, se critica que no se haya aprovechado la ocasión de la reforma de 2017 para suprimir el número 5 del apartado 1 del § 238 StGB, que permite castigar a quien “comete una conducta semejante” a las previstas en los números anteriores (Kubiciel/Borutta, 2016, p. 196). Se trata de un tipo de recogida incorporado con la idea de abarcar las nuevas modalidades comisivas que se puedan crear en el futuro. Sin embargo, la ambigüedad de ese precepto ha llevado a cuestionar incluso su constitucionalidad, por vulnerar la exigencia

de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad del § 103.2 de la Ley Fundamental¹¹³.

Pues bien, en el proyecto de reforma se eliminó esa cláusula general del número 5 del § 238.1 StGB. Sin embargo, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Protección del Consumidor recomendó mantenerla¹¹⁴. De lo contrario, señalaron algunos especialistas que acciones equivalentes a las previstas, como anuncios falsos de muerte o matrimonio, manipulación de redes sociales (por ejemplo, aparecer bajo el nombre de la víctima), dejarle cerca ciertos objetos (heces, cadáveres de animales, ácidos, etc.), o monitorizar equipos, no podrían castigarse¹¹⁵. Esa propuesta se trasladó a la versión definitiva de la Ley de 1 de marzo de 2017, que mantiene inalterado el número 5.

REGULACIÓN VIGENTE DEL § 238 STGB

§ 238 StGB. Persecución (*Nachstellung*)

1) *“Será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una multa quien persiga a otra persona, de una manera no autorizada que sea adecuada para afectar gravemente su modo de vida, en cuanto de modo persistente:*

1. *busca la proximidad física de esta persona,*
2. *intenta contactar con esta persona mediante el uso de medios de telecomunicación u otros medios de comunicación o a través de un tercero,*
3. *utiliza abusivamente los datos personales de esta persona para realizar pedidos de bienes o servicios a nombre de esa persona o bien provoca que algún tercero entre en contacto con ella empleando dicho mecanismo,*
4. *amenaza a esta persona con lesionar la vida, integridad física, salud o libertad propia o de uno de sus parientes o cualquier otra persona cercana a ellos, o*
5. *comete otra conducta semejante.*

2) *Se impondrá pena de prisión de tres meses a cinco años si el autor pone a la víctima, un pariente de la víctima u otra persona cercana a la víctima en peligro de muerte o grave daño a la salud.*

3) *La pena será de entre uno a diez años de prisión si el delincuente causa la muerte de la víctima, o de otra persona cercana a la víctima.*

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponible en <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

¹¹⁴ Tramitación parlamentaria disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/762/76261.html>.

¹¹⁵ Los informes de los expertos acerca del proyecto de reforma pueden consultarse en: <https://kripoz.de/Kategorie/gesetzentwuerfe/stalking/>.

4) *En los casos a los que se hace referencia en el apartado 1, el delito solo se enjuiciará previa denuncia, a menos que la fiscalía considere necesario intervenir de oficio debido a especiales intereses públicos”.*

El § 238 StGB está incluido en el Capítulo 18, titulado “Delitos contra la libertad personal”. Esta ubicación, unida al uso de términos genéricos para describir tanto la conducta, “perseguir”, como el ámbito afectado, “forma de vida”, y la previsión de un resultado que atañe a esta parcela personal, han llevado a la doctrina mayoritaria a considerar como bien jurídico protegido la libertad de decisión y de actuación, en relación con la forma de vida personal (Eisele, 2014, p. 2280). No obstante, algunos autores apuntan aspectos más concretos como la paz jurídica individual (Fischer, 2012, p. 1580), la paz personal (Meyer, 2003, p. 260), e incluso la salud psíquica (Schluckebier, 2009, p. 1430). Pues bien, el Gobierno al redactar el proyecto de reforma dejó claro que pretendía reforzar la protección existente contra el acecho, sin alterar el objeto de tutela.

Respecto a los sujetos, el “*Nachstellung*” es un delito de propia mano (Eisele, 2014, p. 2287), que puede ser cometido por cualquier persona, pero requiere una actividad corporal por parte del sujeto activo. No obstante, en la doctrina es común destacar que los autores son mayoritariamente hombres y las víctimas mujeres, subrayando el elevado número de hechos que se dan entre exparejas¹¹⁶.

La conducta consiste en perseguir a otra persona, de una manera no autorizada que sea adecuada para afectar gravemente su modo de vida, realizando con carácter persistente una serie de acciones que se describen.

En este caso el presupuesto de la falta de autorización es coherente, en tanto la conducta consiste en perseguir, y esta acción puede ser lícita, por ejemplo, en el caso de los periodistas. Por eso, se añadió esa cláusula para no coartar la libertad de prensa (Fischer, 2012, pp. 1581 y 1582).

Por otra parte, la persecución ha de ser “persistente”, condición que según la doctrina precisa dos elementos, la permanencia o duración y la perseverancia del autor¹¹⁷. Es decir, se quiere proteger el estilo de vida frente al hostigamiento

¹¹⁶ Junto a este supuesto principal, se apuntan otros a los que podría ser de aplicación, como el hostigamiento que ordena el acreedor contra su deudor a través de una empresa de cobro a morosos, o el que recae en personas famosas. Eisele, 2014, p. 2279.

¹¹⁷ Ampliamente, Eisele, 2014, p. 2281.

“obstinado, objetivo y serio” (Mosbacher, 2007, p. 665). Para valorar estos elementos debe hacerse una evaluación global de las acciones, atendiendo al intervalo de tiempo, que permita hallar una actitud interna del ofensor, una obstinación particular, pues la prohibición legal persigue evitar el peligro de nuevas conductas (Krack/Kische, 2010, pp. 735 y 736).

Igualmente, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de noviembre de 2009, destacaba la exigencia de dos aspectos, una actuación repetida o duradera y un especial desprecio del autor a la prohibición legal¹¹⁸. Además, declaraba que el delito puede realizarse a través de la repetición de una misma acción o de varias diferentes y añadía que no se puede precisar *a priori* el número mínimo necesario para realizarlo, puesto que ha de valorarse en cada caso individual, evaluando los actos de manera global.

En cuanto al tipo básico, en el apartado 1 del § 238 StGB se recogen cuatro modalidades delictivas, seguidas de la norma analógica contenida en el número 5.

La acción del número 1 consiste en buscar la proximidad física de la persona afectada, a diferencia de la redacción anterior que hablaba de proximidad espacial¹¹⁹. A mi juicio, esta sustitución implica que no basta el uso de mecanismos para captar la imagen a distancia, sino que se requiere un acercamiento personal. Sin embargo, no creo que sea necesario que la víctima vea al acosador, como ha defendido un sector doctrinal (Kühl, 2011, p. 1093). La coacción de su libertad puede darse igualmente si la persona afectada conoce posteriormente que ha sido espiada (Fischer, 2012, p. 1584)¹²⁰. De hecho, como se verá, en la jurisprudencia se ha considerado hostigamiento, por ejemplo, el

¹¹⁸ “El concepto de perseverancia en el sentido del § 238 StGB contiene momentos objetivos de tiempo, así como elementos subjetivos y normativos de irracionalidad y hostilidad a la justicia... No se cumple con la mera repetición. Por el contrario, ese elemento denota una obstinación particular expresada en el delito y una mayor indiferencia del delincuente a la prohibición legal, y al mismo tiempo indica el peligro de una nueva perpetración. Aunque una persecución repetida siempre es un requisito previo, no es suficiente por sí sola... Por el contrario, es necesario que, por desprecio de la voluntad contraria o indiferencia a los deseos de la víctima, se tomen medidas con la intención de reiterar ese comportamiento en el futuro”. (Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 -BGH 3 StR 244/09-). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

¹¹⁹ Este término ya era interpretado como proximidad física. Valerius, 2007, p. 321.

¹²⁰ En todo caso, el acercamiento debe ser adecuado según un canon objetivo para perturbar los hábitos de quien sufre el acoso, de manera que sus sensaciones subjetivas, de miedo, amenaza, etc., no son suficientes para completar el tipo. Mosbacher, 2007, p. 667.

hecho de permanecer frente a la casa de la persona acosada, aunque ésta no vea al acosador y sepa de su presencia por terceros.

En la práctica judicial se han castigado en virtud de este número acciones, como seguir a una persona en la calle, entrar en su vivienda o lugar de trabajo, restaurantes o locales de ocio donde se encuentre, etc.¹²¹. En todo caso, la expresión “buscar” encierra un elemento subjetivo, que rebasa el dolo del autor y hace que no sea punible el encuentro accidental (Eisele, 2014, p. 2281).

En el número 2 se sanciona a:

quien intenta contactar con la persona perseguida mediante el uso de medios de telecomunicación u otros medios de comunicación o a través de un tercero.

Pese a la literalidad de la ley se incluye tanto el intento como el contacto efectivo¹²². En la jurisprudencia se admiten como supuestos de acoso, las llamadas no deseadas, mensajes de correo electrónico, mensajes de texto, cartas, mensajes escritos en el limpiaparabrisas o similares, etc.¹²³

En el número 3 se penaliza a quien utiliza abusivamente los datos personales de la víctima para realizar pedidos de bienes o servicios a su nombre o bien provoca que algún tercero entre en contacto con ella empleando dicho mecanismo.

La primera modalidad implica realizar pedidos a nombre de la persona afectada, de manera que se induzca a creer, razonablemente, que el encargo lo realizó ella, esto es, que se le puede atribuir desde el punto de vista jurídico civil, si bien no es necesario que reciba ninguna reclamación. Por otra parte, el autor puede realizar el encargo personalmente o a través de un tercero, bajo su identidad o suplantando la del titular de los datos¹²⁴.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

¹²³ Sentencia del Tribunal regional de Heidelberg de 6 de mayo de 2008 (2 KLs 22 Js 6935/07). (Disponible en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Heidelberg&Datum=06.05.2008&AktENZEICHEN=2%20KLs%2022%20Js%206935/07>).

¹²⁴ Los datos personales comprenden, sobre todo, el nombre, dirección, número de teléfono, correo electrónico y otros que permitan la localización, así como información sobre los gustos, aficiones y preferencias de consumo. No obstante, no es necesario que sean secretos ni que estén

La segunda acción consiste en provocar que un tercero entre en contacto con la víctima. Mediante esta fórmula se persiguen hechos como incluir el número de móvil u otros datos personales en chats, páginas de prensa con contenido sexual, o foros de búsqueda de pareja (Fischer, 2012, p. 1585). En cambio, se ha cuestionado si comprende otros actos, como publicar una esquila falsa de la víctima¹²⁵. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la ley de reforma esta conducta se citó expresamente como punible por la vía del número 5.

Pues bien, pese a la claridad legislativa creo que esta fórmula del número 3 suscita algunas dudas, pues, en principio, cabría pensar que por ejemplo el hecho de introducir una vez datos en redes sociales que desencadenen múltiples contactos podría dar lugar al delito. Sin embargo, al conectar esta disposición con los requisitos comunes del apartado (Kühl, 2011, p. 1092), se comprueba que la conducta ha de ser persistente. De modo que ese primer uso abusivo de información habrá de ir seguido de otros o de alguna de las demás acciones típicas para que exista “*Naschstellung*”.

En el número 4 se castiga a quien amenaza a la persona acechada con lesionar la vida, integridad física, salud o libertad propia o de uno de sus parientes u otra persona cercana a ellos.

La libertad se refiere a la de movimiento y la salud abarca tanto la física como la psíquica. Pero no es necesario que el mal con el que se amenaza alcance la gravedad del delito de amenaza del § 241 StGB¹²⁶, por lo que en caso de revestir esta entidad los tribunales aplican las normas del concurso de leyes. En cambio, la amenaza de causar otro mal no tiene cabida en este número. En definitiva, el legislador ha entendido que las amenazas menores a la vida, integridad, salud y libertad son formas de acoso, mientras las amenazas a otros bienes deben castigarse en concurso ideal sólo si revisten la seriedad requerida para dar lugar a un delito de amenazas.

Finalmente, el número 5 sanciona a quien realiza otras acciones comparables. Es un tipo de recogida con el que el legislador quiso abarcar nuevas formas de acoso fruto del desarrollo tecnológico. Pero cuesta admitir esta justificación, siendo

especialmente protegidos y, además, es indiferente la manera como los haya conseguido el autor. FISCHER, 2012, p. 1585.

¹²⁵ En contra de su inclusión, KÜHL, 2011, p. 1093; a favor, Fischer, 2012, p. 1587.

¹²⁶ No es necesario que la amenaza sea tomada en serio ni que afecte gravemente a la víctima. Kühl, 2011, p. 1093.

que el número 2 ya tipifica el intento de contacto a través de medios de telecomunicación u otros medios de comunicación. Los futuros actos de hostigamiento tendrían cabida en estas vías. En cambio, sí cabe plantear otros supuestos parecidos a los tradicionales regulados en los demás números. Por ejemplo, amenazar el autor a la víctima con suicidarse si no accede a sus pretensiones, publicar anuncios falsos que afecten seriamente a la persona acosada o acusarle falsamente de un delito. A mi juicio, el problema en estos casos es la falta de certeza que supone la condena por analogía¹²⁷.

En el aspecto subjetivo, el tipo básico del apartado 1 requiere dolo, aunque la doctrina entiende que basta la modalidad eventual (Eisele, 2014, p. 2287). No obstante, según la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2009 parece precisarse una intención directa del delincuente, al exigir que tenga la voluntad de persistir con su actuación en el futuro (Kindhäuser, 2013, p. 846).

Por otra parte, pese a que en los delitos de propia mano suele negarse como regla general la coautoría (Maurach, 1962, p. 287), algunos autores la admiten en casos particulares de persecuciones organizadas (Eisele, 2014, p. 2287). Además, es posible la participación cuando además de intervenir en la ejecución, el tercero comparte el dolo del autor (Schluckebier, 2009, p. 1434).

Respecto a la consumación, antes de la reforma el tipo básico requería la efectiva perturbación del estilo de vida de la víctima (Eisele, 2014, p. 2287), provocando alteraciones en sus hábitos que revistiesen carácter sustancial desde un punto de vista objetivo¹²⁸. Con el nuevo tenor del apartado 1 del § 238 StGB será suficiente una actuación objetivamente adecuada para afectar seriamente a esa forma de vida. Como posibles indicios para medir esa lesividad se han apuntado, la frecuencia, continuidad e intensidad de los actos, su contexto temporal, el cambio de las circunstancias de la vida y los perjuicios físicos y psíquicos (Kubiciel/Borutta, 2016, p. 196). Pues bien, como se verá, en algunas

¹²⁷ Además de esta falta de certeza, dice KÜHL que la regulación de esa cláusula abierta con la intención de rellenar ciertos huecos de punibilidad resulta inadmisibles en un Derecho penal fragmentario, sobre todo partiendo de que las formas más duras de *stalking* ya se sancionan en otros preceptos y cuatro modalidades de *stalking* que pueden calificarse de suaves se prevén en los números 1 a 4 del § 238 StGB. KÜHL, 2011, p. 1094. Considera, también, que vulnera el principio constitucional de taxatividad, Carmona Salgado, 2017, p. 148.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

resoluciones judiciales se ha negado el delito de persecución por no haberse probado alteraciones bastante serias en el comportamiento de la parte denunciante, pese a haber sufrido perjuicios psicológicos importantes. En cambio, con la nueva regulación estos daños influirán en la aplicación del delito, en la medida en que son un elemento clave para valorar la gravedad de la conducta del autor.

En sede concursal el Tribunal Supremo ha declarado que la ejecución de varias acciones del apartado 1 contra el mismo sujeto integran un solo delito, bajo la figura de la “unidad de acción” o “unidad de conducta típica”, lo que determina que no se aprecie el delito permanente¹²⁹. Si el autor realiza persecuciones simultáneas contra varias personas (por ejemplo, miembros de una misma familia), entran en juego las reglas del concurso ideal de delitos. En cambio, si tras producirse el resultado típico, como el traslado de domicilio de la víctima, reanuda el acecho, hay un concurso real. Por otra parte, dado que las amenazas integran una de las acciones típicas y pueden merecer un castigo mayor conforme al § 241 StGB, se admite un concurso de leyes entre ambos preceptos. Sin embargo, si con la finalidad de acosar se cometen infracciones contra otros bienes jurídicos, esos ilícitos concurren en concurso ideal con el “*Nachstellung*” (Eisele, 2014, p. 2288 y 2289).

La penalidad prevista en el tipo básico del apartado 1 del § 238 StGB es prisión de hasta tres años o multa. Para determinarla hasta ahora se atendía al número, duración y entidad de los actos de persecución, así como a la gravedad de la intromisión en la forma de vida. A partir de la reforma, entiendo que este criterio ha de sustituirse por las características de la conducta y su lesividad potencial para ese ámbito personal.

Finalmente, el apartado 4 establece que en los casos del apartado 1, el delito solo se enjuiciará previa denuncia, a menos que la fiscalía considere necesario intervenir de oficio debido a especiales intereses públicos.

A continuación del tipo básico del apartado 1, se recogen dos subtipos agravados. El apartado 2 dispone que cuando con la conducta el autor ponga a

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

la víctima, a un pariente o persona cercana a ella, en peligro concreto de muerte o de grave daño a su salud, la pena de prisión será de tres meses a cinco años¹³⁰.

Según la jurisprudencia el perjuicio grave a la salud va más allá de la lesión corporal grave (§ 226 StGB). Se entiende que concurre incluso cuando se crea a la persona agraviada el riesgo de sufrir una enfermedad seria a largo plazo, ya sea una alteración de las funciones corporales o de la capacidad de trabajo¹³¹. En ese concepto se incluyen también los perjuicios psíquicos, como una depresión, cuando presenten importancia clínica (Mosbacher, 2007, p. 669). En todo caso, se requiere dolo, que ha de alcanzar el peligro.

Ahora bien, desde el momento en que se trata de un tipo agravado respecto al previsto en el apartado 1, es necesario que se cumplan los requisitos de esta norma, es decir, que la persecución sea persistente y adecuada para afectar gravemente al estilo de vida.

El apartado 3 determina que cuando el autor causa la muerte de la víctima, de un pariente o persona allegada, la pena será de uno a diez años de prisión. Para aplicar este tipo se entiende que basta la imprudencia (Eisele, 2014, pp. 2287 y 2288), aunque no se diga expresamente¹³². Se han admitido como casos inscribibles en esta disposición, aquellos en que la víctima sufre la muerte mientras huye aterrorizada del acosador, o cuando se ve abocada al suicidio (Eisele, 2014, pp. 2287 y 2288).

POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN

Como se verá en las resoluciones siguientes, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) ha sido muy estricto en la interpretación del § 238 StGB, limitando su aplicación a los supuestos más graves de hostigamiento. Ha exigido

¹³⁰ Se amplía la conducta a parientes o personas cercanas, siguiendo el modelo del delito de coacciones. Kindhäuser, 2013, p. 846.

¹³¹ Sentencia del Tribunal regional de Heidelberg de 6 de mayo de 2008 (2 KLs 22 Js 6935/07). (Disponible en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Heidelberg&Datum=06.05.2008&Aktenzeichen=2%20KLs%2022%20Js%206935/07>).

¹³² En contra, Schluckebier, 2009, p. 1433.

un cambio sustancial en las circunstancias externas de la víctima y, además, una escrupulosa fundamentación tanto de los actos de acecho como de ese resultado.

Sentencia de 19 de diciembre de 2012¹³³

Hechos

Se estima el recurso del acusado y la Sala penal anula la sentencia del Tribunal regional de Bochum de 12 de marzo de 2012 con sus fundamentos. Sin embargo, se dan por acreditados hechos que suponen una conducta de persecución.

Fundamentos

El Tribunal regional ha condenado al acusado, como autor de cuatro delitos de lesiones dolosas, dos de ellos en concurso ideal con delito de persecución...

I. Sentencia del Tribunal regional:

El Tribunal regional ha estimado probados estos hechos:

- 1) El acusado sufre de una psicosis esquizofrénica... Debido a una llamada "ilusión de amor", percibe la relación con la mujer perjudicada de forma completamente irreal...*
- a) Período del 20 de mayo de 2009 al 3 de marzo de 2011. En diversos días, el acusado estacionó su automóvil cerca de la casa de la víctima y la observó. Un día..., la siguió con su coche durante aproximadamente una hora, mirándola repetidamente, de forma opresiva. Arrojó al menos 22 cartas en el buzón de la víctima, expresando de modo confuso con alguna amenaza mortal, que ambos estaban destinados a estar juntos.... Mediante una orden de 28 de octubre de 2010, el Tribunal... prohibió al acusado..., acercarse a menos de doscientos metros a la mujer... El acusado entendió la solicitud de una orden de prohibición de aproximación como un acto de rechazo hacia él... A partir de ese momento estuvo casi siempre presente..., esperó junto a su vivienda... Con motivo de un paseo en bicicleta por una ruta solitaria, el acusado de modo repentino se interpuso en su camino. A partir de febrero de 2011, comenzó a visitar su trabajo, escribió una carta a su empleador y observó durante horas cómo trabajaba.*
- b) Período del 11 de agosto de 2011 al 27 de noviembre de 2011. Debido a una infracción de la medida de alejamiento, el acusado fue encarcelado... Al salir en libertad, intensificó su acercamiento a la víctima. Ésta recibió casi diariamente cartas del acusado.... El 15 de agosto, la persiguió... El 16 y 18 de agosto, estuvo... en frente de su apartamento y el 24 de agosto permaneció en los locales de la empresa. Junto a las cartas del 31 de agosto y de 4 de septiembre, le envió... obsequios... El 10 de septiembre, regresó a la casa de la víctima... El 21 de septiembre, ... introducía una nueva carta en el buzón de la casa de la demandante...*

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 2012 (BGH 4 StR 417/12). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/12/4-417-12.php?referer=db>).

Como consecuencia de estos hechos, el Tribunal regional ha declarado que la mujer se ve psicológica y físicamente afectada..., (trastornos del sueño, ataques de pánico, inquietud, dificultad para respirar, problemas gastrointestinales graves, tinnitus). Ha tomado antidepresivos... En ocasiones, debido a su estado de salud, ya no pudo continuar con su actividad profesional y en tres ocasiones estuvo incapacitada durante varios días. Antes de regresar a casa por la noche, preguntaba por teléfono a los vecinos si el acusado estaba en su coche cerca del apartamento. Ante el temor al acusado, ya no podía andar sola ni salir en bicicleta. Ha perdido la confianza esencial de estar a salvo cuando se va de casa...

II. Fundamentación del Tribunal Supremo

...Las conclusiones del Tribunal regional no son suficientes para dar por probado el tipo de persecución..., la injerencia no fue grave, hasta el punto de hacerle modificar su forma de vida...

El delito del § 238 apartado 1 StGB supone una injerencia no autorizada, a través del acercamiento persistente, directo e indirecto, a la víctima con amenazas específicas....

El concepto de persecución describe acciones dirigidas a intervenir en su esfera personal de vida... y por lo tanto afectando a su libertad de acción y libertad de decisión... Las acciones del acusado parecen cumplir en ambos períodos de la ofensa los requisitos legales de la persecución... Sin embargo..., la ofensa debe conducir a un deterioro grave de la vida de la víctima... El estilo de vida... se ve afectado si el acto del perpetrador obliga a un cambio en las circunstancias externas de la vida. El deterioro también debe ser grave...

El Tribunal regional se refiere erróneamente a unas graves alteraciones psicológicas sufridas por la víctima... La cuestión crucial es conocer, si... se vio obligada a modificaciones serias, y no aceptables, de su forma de vida externa (por ejemplo, cambiar de domicilio, o de centro de trabajo, tomando precauciones especiales al salir de casa o de noche, renunciando a sus actividades de ocio). Sobre este aspecto esencial..., se realizan, sin ninguna clasificación temporal, solo conclusiones breves y generales que impiden concluir que exista una acción concreta de persecución típica... A la vista de todo ello, el fallo condenatorio no tuvo fundamento suficiente... Esto no impide que se den por acreditados los hechos de persecución... Pero debe dictarse una nueva sentencia...

El Tribunal Supremo declara algunos aspectos fundamentales para la interpretación del “*Nachstellung*”. El delito de § 238 apartado 1 StGB supone una persecución no autorizada, mediante un acercamiento persistente, directo o indirecto, a la víctima y amenazas específicas.

El concepto de persecución implica acciones destinadas a interferir en la esfera personal de la vida de otro y, por lo tanto, perjudicando su libertad de decisión y de acción. El Tribunal coincide en cuanto al bien jurídico protegido con la doctrina mayoritaria, determinando la necesidad de que estas facetas de la libertad personal se vean afectadas en el caso concreto.

Por otra parte, es necesario que el acto del autor fuerce un cambio en las circunstancias externas de la vida de la víctima, sin que basten los perjuicios psicológicos. Además, subraya que la alteración ha de ser grave y pone algunos ejemplos: cambio de vivienda o de lugar de trabajo, tomar precauciones especiales al salir de casa o de noche, abandonar actividades de ocio. Añade que los actos de persecución no se castigan de modo independiente, pues sólo en su conjunto producen la perturbación grave de la libertad de la víctima.

El juzgador de instancia estimó probados diversos actos de acecho: envió masivo de cartas, persecución con el vehículo, visitas al domicilio y al lugar de trabajo, infringiendo la orden de alejamiento pendiente. En algunos casos declara que se produjeron dentro de cierto periodo temporal y en otros apunta fechas concretas.

Asimismo, consideró acreditados algunos perjuicios derivados de esas acciones: la víctima en ocasiones, debido a su estado de salud, no pudo continuar con su actividad profesional y tres veces estuvo incapacitada durante varios días. Antes de regresar a casa por la noche, preguntaba a los vecinos por teléfono si el acusado estaba en su automóvil cerca del apartamento. Ante el temor al acusado, ya no podía andar sola ni salir en bicicleta. Ha perdido la confianza esencial de estar a salvo cuando se va de casa.

Pese a ello, el Tribunal Supremo concluye que no se demostró con suficiente precisión que la víctima se viera obligada a variaciones serias de su forma de vida externa, sin que a estos efectos valgan las declaraciones escuetas y genéricas que constan en la resolución impugnada. En consecuencia, afirma que no cabe apreciar una persecución típica y devuelve el asunto para la celebración de un nuevo juicio.

En conclusión, para aplicar el § 238 apartado 1 StGB se debían demostrar, con datos precisos, tanto los actos individuales de acecho, como los concretos cambios que esas acciones han provocado en las circunstancias de la vida externa de la víctima.

Sentencia de 18 de julio de 2013¹³⁴

Antecedentes de hecho

... El Tribunal Supremo anula la sentencia del Tribunal regional de 22 de noviembre de 2012...

Fundamentos

El Tribunal regional había condenado al acusado por varias conductas de hostigamiento contra cuatro personas que habían testificado contra él...

I. Consideraciones del Tribunal Regional

En agosto de 2010, el acusado..., conoció a V. S... A finales de 2010, V. S. se sintió coaccionada por el acusado y cada vez más hostigada, razón por la cual canceló una celebración... El 1 de febrero de 2011, V. S. también se mudó de su residencia. En este contexto, informó al acusado que no quería una relación..., y le eliminó de su lista de amigos en Facebook.

En el período entre el 24 de febrero de 2011 y el... 15 de marzo de 2012, hubo numerosos intentos de contacto por su parte en... Facebook... Además, le escribió cartas a ella y a sus padres..., y envió un mensaje de Facebook al entonces socio de V. S... En varios mensajes y cartas le pidió..., que lo agregara de nuevo a su perfil de Facebook... y que rompiera su relación con T. Subrayó estas demandas con amenazas si no las cumplía.

En el caso de V. S., el comportamiento del acusado llevó a una "enfermedad depresiva reactiva corta debido al estrés externo"... No salía tan a menudo como lo hacía antes, vigilando en la calle que alguien la siguiera. A veces, ella mentalmente se sentía incapaz de continuar su trabajo como azafata, dado que el demandado había anunciado que "terminaría" con ella en un vuelo. Cuando su madre le comunicó que había causado daños en su domicilio, ella manifestó que estaba preocupada por que el acusado pudiera dañarla a ella, a su amiga o a sus padres.

En general, de abril a septiembre de 2011, hubo treinta ausencias laborales que se debieron principalmente a "problemas de salud mental" producidos "como resultado del comportamiento del acusado". Ella también sufrió "desde abril / mayo de 2011 por ataques de migraña"...Tuvo "taquicardia"... y entró en "tratamiento psicológico" ... No tomó posesión de un empleo permanente; V. S. cambió de trabajo y se mudó a otra ciudad. Canceló reuniones con amigos porque el acusado los conocía; de las redes sociales como Facebook, se retiró o apareció allí solo con nombres imaginarios.

II. Consideraciones del Tribunal Supremo

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18 de julio de 2013 (BGH 4 StR 168/13). (Disponible en <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/4/13/4-168-13.php?referer=db>).

...La condena del reo conforme al § 238 (1) n° 2 y 4 StGB no plantea ninguna objeción...En la medida en que el Tribunal regional ha aceptado sólo un delito de persecución..., la Sala penal recuerda que varias conductas de acoso solo encajan en un delito del § 238 StGB cuando configuran un mismo resultado típico. Por otro lado, si el autor lleva a cabo actos posteriores, tras conseguir ese resultado, existe una pluralidad de delitos, propia del concurso real del § 53 StGB.

En este caso, a diferencia de la resolución anterior, sí se recogen modificaciones de las que el propio Tribunal Supremo cita como graves, en el comportamiento cotidiano de la víctima. Cambió de empleo, perdiendo un puesto permanente, y se trasladó a otra ciudad, además de cancelar reuniones con amigos y de retirarse de las redes sociales. Junto a ello, se describen numerosos perjuicios psicológicos. Ahora bien, estos efectos no vienen detallados con una mayor exhaustividad que en la resolución revisada en la sentencia anterior, lo que parece sugerir que lo esencial para aplicar el tipo es que se consideren probados cambios trascendentes en el estilo de vida, más que la identificación de las fechas y circunstancias exactas en que se llevaron a cabo.

Por otra parte, el Tribunal aclara que todas las acciones que dan lugar a un solo resultado típico integran un único delito. En cambio, si una vez producido ese resultado se realizan otros actos de acoso nacerá un nuevo ilícito y ambos se castigarán en concurso real. No obstante, entiendo que tras esas alteraciones vitales (mudarse de vivienda, cambiar de empleo, etc.) ha de haber una interrupción del comportamiento hostigador y transcurrir un intervalo temporal, porque de lo contrario todos los cambios integrarían el mismo resultado típico.

Sentencia de 16 de junio de 2014¹³⁵

El Tribunal Regional de Bochum condenó al acusado en sentencia de 12 de marzo de 2012. El recurso presentado fue resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de diciembre de 2012 (comentada en el apartado 2.1), que anuló el fallo, ordenando la celebración de un nuevo juicio ante una sección distinta. El Tribunal regional de Bochum dictó sentencia el 4 de octubre de 2013, absolviendo al acusado, pero acordando su internamiento en un centro psiquiátrico. En la presente sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto contra esta resolución.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 16 de junio de 2014 (BGH 4 StR 111/14). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/14/4-111-14.php?referer=db>).

En lo que hace a los actos de persecución, se remite a las conclusiones de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012:

“La ofensa debe conducir a un deterioro grave de la vida de la víctima. En general, la noción de estilo de vida incluye la libertad de las decisiones y acciones humanas... Se ve afectado si el acto del perpetrador obliga a un cambio en las circunstancias externas de la vida. El deterioro también debe ser grave”.

Luego, ratifica que el § 238 StGB requiere que los actos de acoso causen un deterioro grave en las condiciones de la vida externa, sin que basten los perjuicios psíquicos.

En ambas sentencias, tanto en la de 2012 como en esta de 2014, el Tribunal Supremo parte de la configuración del “*Nachstellung*” como delito de resultado, aunque en ninguna de las dos hace consideraciones críticas acerca de esta exigencia, como había realizado en otras anteriores¹³⁶.

En cualquier caso, en esta resolución se mantiene una postura restrictiva en cuanto a la aplicación del tipo básico de persecución, siguiendo la línea constante en la práctica forense desde la introducción de este delito en el año 2007. Esta lectura podría mantenerse con la nueva redacción del § 238 apartado 1 StGB, que precisa tan solo la adecuación de la conducta para producir un menoscabo grave en el modo de vida. Sin embargo, será difícil negar la capacidad lesiva del acoso si la persona afectada sufre daños psíquicos serios, aunque no cambie de trabajo ni de vivienda, ni renuncie a sus actividades de ocio, como sugiere el Tribunal Supremo.

Sentencia de 15 de febrero de 2017¹³⁷

Antecedentes

Se rechaza el recurso del acusado contra la sentencia condenatoria del Tribunal regional...

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 15 de febrero de 2017 (BGH 4 StR 375/16). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/16/4-375-16.php?referer=db>).

Fundamentos

El Tribunal regional ha condenado al acusado por..., persecución con resultado de muerte...

1º El Tribunal regional ha recogido esencialmente los siguientes hechos y valoraciones:

A) El acusado y la que luego fue la víctima, B..., comenzaron una relación a fines del verano de 2014.... El consumo excesivo de alcohol y su comportamiento cada vez más controlador y celoso hacia ella hicieron que el 23 de febrero de 2015 B. pusiera fin a la relación. Como consecuencia de ello, el acusado..., le envió a B. hasta el 5 de marzo de 2015 innumerables mensajes de texto con insultos y amenazas, la persiguió a ella, a sus padres y amigos con llamadas telefónicas y daños a la propiedad, y trató de poner al jefe de B. en su contra, inventando mensajes...,

...Al mediodía del 23 de febrero de 2015, el acusado le envía 111 mensajes de whatsapp con insultos y amenazas. En un mensaje del 24 de febrero de 2015 a las 12:47 p.m., ella escuchó amenazas similares, y..., diversos mensajes en su contestador automático. El acusado siguió enviando innumerables mensajes..., de texto y correo electrónico... Él la acusó -sin fundamento- de cometer diversos delitos y la amenazó con una fecha límite, con presentar una denuncia por robo o estafa, en caso de que ella no pagara 700 euros. También le dijo que podía ver todo lo que hacía en internet porque supervisaba su comunicación en las redes sociales. El 25 de febrero de 2015 envió varios correos electrónicos con mensajes ofensivos y obscenos al responsable de la empresa en la que ella trabajaba. A intervalos regulares durante el día y por la noche efectuó numerosas llamadas telefónicas, por lo que sólo podía evitarlas descolgando su teléfono permanentemente.

Además, el acusado buscó repetidamente contacto con B. horas después de la llamada telefónica del 23 de febrero de 2015... pero la mujer en su ausencia hizo cambiar la cerradura del apartamento; y hubo otro intento del acusado de recuperar el acceso poco tiempo más tarde. Al no tener éxito, fue motivo de nuevos mensajes de voz amenazantes. Al día siguiente, acechó a la acusada B. en el aparcamiento de su trabajo y la acusó agresivamente de supuesta infidelidad y dos días más tarde fue a la casa de sus padres y le hizo un gesto amenazante, que fue visto por B.

En la mañana del 25 de febrero de 2015, B. encontró su automóvil... con dos neumáticos pinchados por el acusado, que observó desde la distancia, sonriendo a B... Ese mismo día, rompió dos neumáticos del vehículo de un amigo de la víctima, y la tarde del 27 de febrero de 2015, un neumático del automóvil de su padre... El 5 de marzo de 2015, envió un último SMS a B. con contenido ofensivo y amenazante. El acusado hizo una llamada telefónica el 24 de marzo de 2015 a los padres de B., en la que dijo que "iba a terminar bien el trabajo de su hija", que ella no escuchó porque ya estaba en el hospital.

Su actitud general no era continuar su relación con B., sino humillarla, aterrorizarla y dañarla mentalmente, privarla de cualquier sensación de seguridad, demostrar su presencia en todas sus parcelas de la vida y, por lo tanto, afectar de forma permanente su modo de vida. Pudo haber previsto, y evitado, que sus acciones le llevaran eventualmente a quitarse la vida.

B) Como resultado de las acciones del acusado, B. sufrió miedo, estaba desesperada y no podía trabajar. Temía que pudiera lastimarla a ella o a sus padres. Dado que no podía estar sola, se quedaron permanentemente con ella, y no podía dormir más de dos horas. Sufrió un trastorno depresivo que aumentó... cuando el acusado envió mensajes despectivos y obscenos a su jefe... Una tarde en que estaba en la casa de sus padres se intentó suicidar... Tuvo que ser internada en la sala de psiquiatría... Además..., precisó tratamiento ambulatorio psiquiátrico y psicoterapéutico..., y escribió una nota a sus padres el 13 de julio el año 2015, donde se disculpaba y decía que nadie podría haber adivinado que "la historia con el acusado" tomaría proporciones catastróficas... El 9 de noviembre de 2015... la encontraron sus padres... en el sótano, en el que se había ahorcado...

2°. El tribunal de primera instancia ha estimado que a través de los actos descritos en el apartado 1 del § 238 StGB, el acusado ha provocado la muerte de B., por imprudencia... Los actos de persecución han llevado al riesgo de conductas autodestructivas, que acaban en el suicidio como resultado de una enfermedad mental severa de la víctima, causada como una reacción evidente al delito y típica en sí misma. La consecuencia grave e incluso la destrucción de su existencia también era previsible para el acusado, que ejerció una influencia persistente sobre B.

La condena del acusado como consecuencia de una persecución con resultado de muerte del § 238 apartado 3 StGB es correcta y soporta la revisión legal.

Como indicaba la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 30 de junio de 1982¹³⁸, en los delitos cualificados por el resultado no es suficiente para completar el tipo una conexión puramente causal entre la realización de los hechos esenciales y el resultado de muerte. El peligro de que ocurra esta consecuencia cualificada debe contraponerse a la conducta típica y ha de existir una relación causal específica entre ambos, la conducta y el peligro.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 16 de marzo de 2006¹³⁹, señalaba que, dado que el autor de un delito cualificado por el resultado actúa de modo antijurídico, objetiva y subjetivamente, simplemente a través de la realización culpable del delito base, la única característica que permite asociar un resultado imprudente es la previsibilidad del resultado cualificado. Para ello es fundamental conocer si el autor podía prever en su situación concreta, según su conocimiento y circunstancias personales, que podría ocurrir la muerte de la víctima.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 30 de junio de 1982 (BGH, 30.06.1982 - 2 StR 226/82). (Disponible en https://www.jurion.de/urteile/bgh/1982-06-30/2-str-226_82/).

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 16 de marzo de 2006 (BGH 16.03.2006 – 4 StR 536/05). (Disponible en <https://openjur.de/u/82083.html>).

Pues bien, partiendo de esta jurisprudencia, en la presente sentencia el Tribunal Supremo entendió que la muerte de la víctima fue consecuencia directa de las graves repercusiones en la forma de vida causadas por la persecución, de manera que fue el peligro específico inherente al hostigamiento lo que causó el resultado mortal.

SÍNTESIS

Como se desprende de las resoluciones anteriores, el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina restrictiva en orden a la aplicación del § 238 apartado 1 StGB.

Entiende que el bien jurídico protegido es la libertad de decisión y de actuación. A partir de aquí declara que el requisito típico consistente en la producción de un grave deterioro en la forma de vida se ha de traducir en modificaciones sustanciales en el desarrollo de las pautas de actuación externa.

Como prototipo de tales alteraciones cita el traslado de vivienda, el cese en el puesto de trabajo, la adopción de cuidados especiales a la entrada o salida del hogar, y la renuncia a actividades de esparcimiento. En estos casos se ha de acreditar cada acción de persecución individual y también las alteraciones que han provocado en el desenvolvimiento diario.

Por otra parte, en los tipos agravados es indispensable que la puesta en peligro o la lesión de la vida, la integridad física o la salud esté causada directamente por los actos de hostigamiento. Esta relación de causalidad se valora según los cánones comunes de imputación, verificando si el resultado cualificado era previsible y evitable por el autor. En tal supuesto se le atribuirá responsabilidad por imprudencia.

Sin embargo, la Ley de mejora de la protección contra la persecución (*Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen*) de 1 de marzo de 2017, ha dado nueva redacción al § 238 apartado 1 StGB, y no se requiere que la conducta de persecución afecte gravemente al modo de vida, precisando tan solo que sea adecuada para ello. Con esta novedad el legislador quiere desvincular la punición de la respuesta y la capacidad de resistencia de la víctima y hacerla depender de las cualidades del comportamiento del autor. No obstante, los efectos psicológicos ocasionados a la parte agraviada son un dato por considerar para apreciar esa aptitud lesiva. De forma que, aunque la finalidad fuese objetivar el delito, esos perjuicios pueden adquirir un peso mayor que en la

regulación anterior y llevar a apreciar el delito, aunque la víctima no modifique sus pautas de actuación, como se exigía en estas resoluciones del Tribunal Supremo.

CONCLUSIONES

En Alemania el delito de persecución (*Nachstellung*) del § 238 StGB, lleva ya más de una década de andadura y este periodo ha sido suficiente para comprobar las virtudes y defectos de esta normativa.

Algo llamativo en este tiempo ha sido la contraposición advertida entre el sector académico, claramente partidario de la nueva figura y crítico a menudo con la insuficiente aplicación efectuada por los tribunales, y la judicatura, reacia a condenar salvo cuando los actos de acoso han producido consecuencias marcadamente graves.

Sin embargo, un punto de encuentro ha sido la necesidad de someter el tipo básico a cánones objetivos. Según la doctrina esta mejora se debía articular mediante la supresión del resultado como requisito típico, de modo que no se exigiera una alteración real de la forma de vida. Por el contrario, en la práctica judicial esa finalidad ha llevado a apreciar el delito sólo cuando las acciones de persecución han motivado cambios externos en las rutinas esenciales, estimando insuficiente la presión y los perjuicios psíquicos. Los autores y el propio Tribunal Supremo añadían a esa deficiencia, la vulneración del principio de seguridad jurídica que supone el número 5 del apartado 1, donde se sanciona a quien desarrolla la persecución a través de alguna acción semejante a las previstas.

El Gobierno atendió esas demandas y en el proyecto de reforma, por una parte, convirtió el “*Nachstellung*” en un delito de idoneidad y, por otra, eliminó el número 5. En cambio, el legislador optó por recuperar esta disposición, influido por los especialistas que informaron sobre el texto de reforma, enumerando sucesos que quedarían sin castigo si se eliminaba esa disposición. Esta despenalización iba en contra de la finalidad perseguida con la reforma de fomentar la aplicación de este ilícito. Pero ahora esta cláusula resulta más imprecisa puesto que no da cabida sólo a acciones de acoso equivalentes a las que han tenido una repercusión externa grave, sino a todas las que se estiman idóneas para ello. Esta amplitud me parece contraria al mandato de certeza y al principio de seguridad jurídica.

Aunque los sujetos son indiferenciados, se subraya el elevado índice de supuestos protagonizados por un hombre respecto a su expareja, como respuesta al rechazo por parte de la mujer. Esta característica del delito como instrumento de lucha contra la violencia de género explica, a mi juicio, el apoyo de un amplio grupo doctrinal a intensificar su aplicación, apartándose del principio de intervención mínima.

Por otra parte, al definir el delito a partir de la acción de persecución, el requisito consistente en la falta de autorización cumple la función de excluir el tipo cuando la acción sea legítima, por ejemplo, en el desarrollo de la profesión periodística.

Los números 1 a 4 del apartado 1 del § 238 StGB contemplan las modalidades más comunes de acoso. En el número 1 se castiga a quien busca el acercamiento físico de la persona perseguida, sustituyendo la expresión acercamiento “espacial” que figuraba antes de la reforma. En mi opinión, se trata de un cambio terminológico positivo en cuanto se utiliza un adjetivo más preciso, pero no creo que aporte ningún argumento nuevo para mantener que es necesario el contacto visual entre el autor y la víctima, como defienden algunos autores. De hecho, hay ejemplos en la jurisprudencia donde la persona afectada no llega a ver a quien le acecha y, sin embargo, se aprecia un acercamiento (así sucedía, por ejemplo, con la mujer que averiguaba a través de los vecinos si el hostigador estaba fuera de su apartamento).

En el número 2 se adelanta la barrera de protección y se aplica la misma pena a quien intenta contactar con la persona acechada usando medios de telecomunicación u otros medios de comunicación o a través de un tercero, e implícitamente a quien llega a entablar ese contacto. Estos tipos me parecen suficientemente amplios como para abarcar las nuevas tipologías de acoso por medios tecnológicos que puedan idearse y hace rechazable la justificación que en este sentido apuntó originariamente el legislador para regular el tipo abierto del número 5.

El número 3 prevé la utilización abusiva de datos personales de la parte agraviada, bien efectuando pedidos de bienes o servicios a su nombre, o bien provocando que algún tercero entre en contacto con ella. No hay que olvidar que en estos casos el requisito común de la permanencia supone que esas acciones han de realizarse varias veces o combinarse con otras, según ha expresado el Tribunal Supremo.

En el número 4 se sanciona a quien amenaza con lesionar la vida, integridad física, salud o libertad de la persona acechada o de uno de sus parientes u otra persona cercana a ellos. Curiosamente, no se recoge el anuncio de otros males, mientras que las amenazas contempladas no han de presentar la gravedad del delito de amenazas, pues en este caso se aplica el concurso de leyes. Así pues, si el anuncio de otro mal es constitutivo de un delito de amenazas, esta figura se aplica en concurso ideal con el “*Nachstellung*”.

Finalmente, el número 5 contempla el controvertido tipo residual que penaliza a quien comete otra conducta semejante.

En los apartados 2 y 3 se agrava la pena si el autor pone a la víctima, un pariente suyo u otra persona cercana en peligro de muerte o grave daño a la salud, y si les causa la muerte. El Tribunal Supremo ha confirmado el encaje en este precepto de los sucesos de acecho que culminan con el suicidio de la víctima, si de acuerdo con los parámetros de la imputación objetiva, este resultado fuera previsible para el autor.

En la medida en que la conducta del hostigador ha de ser persistente, doctrina y jurisprudencia coinciden en que se requiere una actuación repetida o duradera, si bien el Tribunal Supremo ha declarado que no cabe concretar *a priori* el número mínimo de acciones necesarias, puesto que debe valorarse en cada caso concreto. Por otra parte, admite, con buen criterio, que el delito se realice mediante la combinación de actos diferentes.

Hasta ahora era necesario que ese conjunto de acciones afectara gravemente al estilo de vida de la persona acosada, requisito que para la jurisprudencia implica la introducción de cambios trascendentes en las circunstancias externas. Desde el momento en que basta la adecuación de la conducta para producir este resultado, la doctrina judicial elaborada en torno a este elemento pierde su validez. De todos modos, creo que la postura de los tribunales en torno a este elemento no va a variar significativamente, porque como se desprende de las sentencias transcritas, en el fondo lo esencial para aplicar el § 238 StGB era la gravedad de las acciones desplegadas por el acosador. De hecho, en algunas de ellas se acordaba celebrar un nuevo juicio por no haberse acreditado actos suficientemente trascendentes, que el juzgador, sin embargo, parecía advertir en la situación narrada.

No obstante, los efectos psicológicos adquieren un mayor protagonismo, en la medida en que se puede condenar si se comprueba que la víctima ha sido sometida a una presión psíquica fuerte, aunque no haya tomado precauciones vitales.

A mi modo de ver, la reforma introducida, en principio, es positiva en tanto la responsabilidad penal deja de supeditarse a un factor aleatorio y variable como es la reacción de la persona acosada. Pero entiendo que esta nueva configuración también entraña algún riesgo, puesto que supone conceder una mayor discrecionalidad al órgano judicial en cuanto a la apreciación del delito. Justamente por su naturaleza se comprueba que una parte de la doctrina es proclive a flexibilizar los presupuestos de su aplicación, sin atender al principio de prohibición de exceso.

En cambio, como he dicho, no encuentro justificación para mantener el número 5 del apartado 1 del § 238 StGB, cuando se prevén expresamente los contactos por medios telemáticos, que son la vía por la que podrían inventarse formas de ataque novedosas. Es cierto que en la práctica judicial esa norma se usa, no con esa finalidad que alegó el legislador al crearla, sino para sancionar conductas no previstas pero que los órganos judiciales consideran sancionables. Sin embargo, este margen tan amplio de discreción va en contra de la seguridad jurídica y del principio de legalidad.

Por el contrario, es apropiada la regulación de las amenazas entre las acciones típicas, en tanto afectan a la libertad de decisión de la víctima y, por consiguiente, deben quedar consumidas en el “*Nachstellung*”, salvo que por su entidad sean acreedoras de una sanción superior de acuerdo con las normas del concurso de leyes.

Por otra parte, cuando las conductas de persecución integran a su vez otros delitos (injurias, daños, etc.), se aplican las reglas del concurso ideal, lo que resulta coherente con el § 52 StGB que establece como base de esta modalidad concursal, no la unidad de hecho (*Tateinheit*), sino la unidad de acción (*Handlungseinheit*).

REFERENCIAS

- Carmona Salgado, C. (2017): *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso (Aspectos criminológicos, políticos criminales, sustantivos y procesales)*, Dykinson, Madrid.
- Conzelmann, Y. (2017): “Stalking ist keine Privatsache”, *Legal Tribune online*, de 20 de febrero. (Disponible en <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/238-stgb-neufassung-stalking-gefaehrungsdelikt-privatsache-schwachstellen/>).
- Eisele, J. (2014), en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29 Auflage, C.H.Beck München.
- Fischer, T. (2012): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage C. H. Beck, München.
- Heribert Blum, K. (2007): *Der neue Straftatbestand der Nachstellung*. (Disponible en http://www.fhr.nrw.de/infos/publikationen/fachbeitraege/aktuelle_beitraege/amtsanwaelte/OAA_Blum_Der_neue_Straftatbestand.pdf).
- Kindhäuser, U. (2013): *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 5 Auflage, Nomos, Baden-Baden.
- Krack, R./Kische, S. (2010): “Fortgeschrittenenhausarbeit – Strafrecht: Nachstellung mit unverhofften Folgen”, en *ZJS* (Disponible en http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_6_398.pdf).
- Kroschewski, M. (2017): “Nachstellung/Stalking (§ 238 StGB) und das Gewaltschutzgesetz / wie verhalte ich mich als Opfer?”, de 27 de febrero. (Disponible en https://www.anwalt.de/rechtstipps/nachstellungstalking-stgb-und-das-gewaltschutzgesetz-wie-verhalte-ich-mich-als-opfer_100013.html).
- Krüger, M. (2010): “Stalking in allen Instanzen – Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB”, en *NStZ*, nº 10.
- Kubiciel, M./Borutta, N. (2016): “Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung”, *KriPoZ*, nº 3.
- Kühl, K. (2011): *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 27 Auflage, C.H.Beck, München.

- Maurach, E. (1962): *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona.
- Meyer, F. (2003): “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von «Stalking» im deutschen Recht”, en *ZStW*, nº 115.
- Mitsch, W. (2007): “Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch“, en *NJW*, 18.
- Mosbacher, A. (2007): “Nachstellung - § 238 StGB”, en *NStZ*.
- Müller, H.E. (2016): “Reform des § 238 StGB - "Stalking", eine gute Idee?”, *beck-community*, 17 de febrero. (Disponibile en <https://community.beck.de/2016/02/17/reform-des-238-stgb-stalking-eine-gute-idee>).
- Neubacher, F./Seher, G. (2017): “Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)”, en *JZ*, nº 21.
- Peters, S. (2009): “Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis”, en *NStZ*, nº 5.
- Schluckebier, W. (2009), En Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, W., En Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Carl Heymanns, München.
- Valerius, B. (2007): “Stalking: Der Neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB”, en *JuS*, nº 4.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 30 de junio de 1982 (BGH, 30.06.1982 - 2 StR 226/82). (Disponibile en https://www.jurion.de/urteile/bgh/1982-06-30/2-str-226_82/).
- Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 16 de marzo de 2006 (BGH 16.03.2006 – 4 StR 536/05). (Disponibile en <https://openjur.de/u/82083.html>).
- Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Disponibile en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).
- Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 2012 (BGH 4 StR 417/12). (Disponibile en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/12/4-417-12.php?referer=db>).
- Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18 de julio de 2013 (BGH 4 StR 168/13). (Disponibile en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/13/4-168-13.php?referer=db>).

Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 16 de junio de 2014 (BGH 4 StR 111/14). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/14/4-111-14.php?referer=db>).

Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 15 de febrero de 2017 (BGH 4 StR 375/16). (Disponible en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/16/4-375-16.php?referer=db>).

Sentencia del Tribunal regional de Heidelberg de 6 de mayo de 2008 (2 KLS 22 Js 6935/07). (Disponible en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Heidelberg&Datum=06.05.2008&Aktenzeichen=2%20KLS%2022%20Js%206935/07>).