



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA

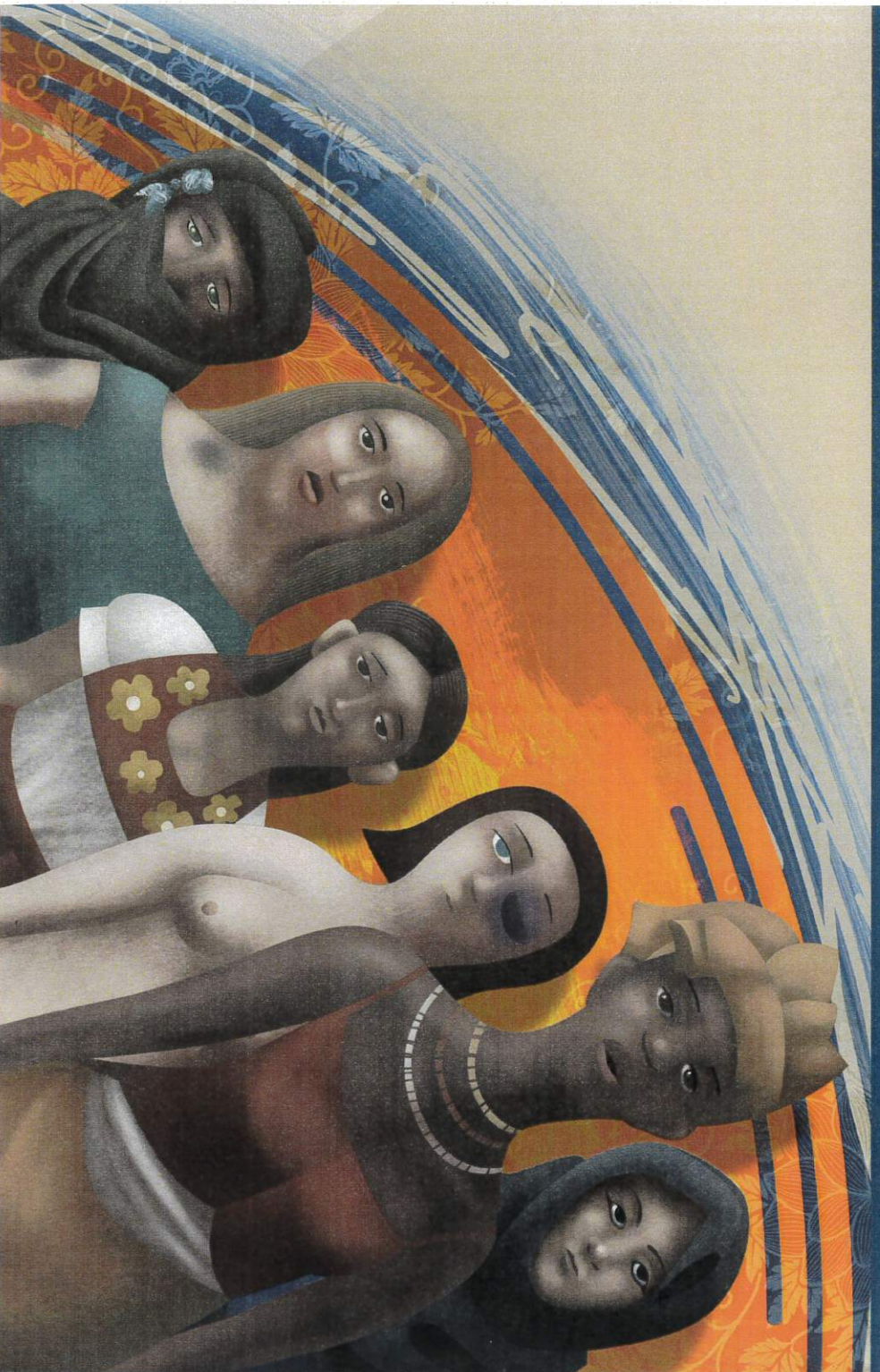
CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



1218 ~ 2018

Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género

Raquel Guzmán Ordaz y María Concepción Gorjón Barranco
(Coordinadoras)



Título original de la obra:

Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género

Autorías:

Guzmán Ordaz, Raquel

Coordinadora

Gorjón Barranco, María Concepción

Coordinadora

Sanz Mulas, Nieves

Editora

Figueroa Cisneros, Ricardo

Diseño e ilustración

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Grupo de Investigación Reconocido GIR DIVERSITAS
Universidad de Salamanca

ISBN: 978-84-09-10221-1

Edición digital: descarga y online
Salamanca, 2019



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



800 Años

1218 ~ 2018

Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género

Raquel Guzmán Ordaz y María Concepción Gorjón Barranco
(Coordinadoras)

ÍNDICE

Páginas

Introducción

11

Acceso igualitario a la justicia

13

LA CREDIBILIDAD DE LAS MUJERES EN EL DISCURSO JUDICIAL:
APORTES DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Alicia García Álvarez

LOS RETOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO POLÍTICA PÚBLICA
EN EL MARCO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN JALISCO

Giovana Patricia Ríos Godínez

Cárceles e inclusión

55

PRISÕES SEM POLÍCIA: NOVO MODELO OU SOFISTICAÇÃO DO TRADICIONAL?
UM ENCONTRO COM AS APACS (ASSOCIAÇÃO PARA A PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA DOS
CONDENADOS) BRASILEIRAS

Sergio Grossi

Ciudadanía y administración pública del siglo XXI

79

LA ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA ENFOCADA EN EL SERVICIO A LA CIUDADANÍA:
DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO A LA GOBERNANZA ELECTRÓNICA, UNA VISIÓN
CIUDADANO-CÉNTRICA Y GOBERNANZA-CÉNTRICA

Marcelo Varela

EL PROGRAMA ACERCARTE COMO POLÍTICA CULTURAL ESTRATÉGICA DE LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y SU ROL EN LA PROMOCIÓN DE UNA NUEVA IDENTIDAD
POLÍTICA

Gabriela A. Victoria

Cultura y género

127

MATERNIDAD Y FEMINISMO. UNA DECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO HEGEMÓNICO EN EL CONTEXTO CULTURAL DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA CHILE

Ximena Briceño Olivera

AS PRIMEIRAS MULHERES ASPIRANTES SE FORMAM NA ESCOLA NAVAL BRASILEIRA: ADEUS MINHA ESCOLA QUERIDA!

Hercules Guimarães Honorato

El enfoque de género en la gestión pública

159

O FEMININO E A POLÍTICA DO CORPO: RELIGIÃO, ESTADO E LEGISLAÇÃO CONTRA-ABORTIVA NO BRASIL

Thaís Chianca Bessa Ribeiro do Vall

LA GESTIÓN CULTURAL PÚBLICA EN VÍNCULO CON LA PERSPECTIVA DE MUJERES/GÉNEROS/FEMINISMOS: LXS1 TRABAJADORXS DE LA CULTURA ARGENTINA EN “BARRIOS MARGINALES”

Marcela A. País

Campañas electorales y mujeres

191

VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LA MUJER, CRIMEN ORGANIZADO E IMPUNIDAD: MÉXICO EN 2018

Ariadna Salazar Quiñonez

Desigualdad, exclusión y procesos de organización comunitaria contra la violencia institucional

211

PRÁCTICAS EXITOSAS EN LA ORGANIZACIÓN COMUNITARIA DEL GOLFO DE GUAYAQUIL Y EL AMBIGUO ROL DEL ESTADO.

Wendy Chávez Páez

POSTCONFLICTO Y DIVERSIDAD ÉTNICA EN COLOMBIA: DE LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL A LA ESCUELA DE MEDIACIÓN INTERCULTURAL DEL PUEBLO INDÍGENA AWA.

Angélica Franco Gamboa

Laura Franco Cian

PROTEÇÃO INFANTOJUVENIL E JUDICIALIZAÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.

Tabita Aija Silva Moreira

Illana Lemos de Paiva

**Educación, comunicación y nuevas tecnologías
como estrategias de sostenibilidad** 255

A CONTRIBUIÇÃO DAS BIBLIOTECAS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Nathália dos Santos Corrêa

Maria Irene da Fonseca e Sá

Fabírcia Carla Ferreira Sobral

Globalización e inmigración. 277

OS DEKASEGIS E A PERDA DA CARACTERIZAÇÃO RELIGIOSA DE SEUS ANTEPASSADOS
NO PROCESSO IMIGRATÓRIO AO JAPÃO

Ronaldo Sobreira de Lima Júnior

Thaís Chianca Bessa Ribeiro do Valle

**Globalización e inmigración. Políticas migratorias
y mujeres** 293

LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS ESPAÑOLAS Y LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES:
EL CASO DE LA INMIGRACIÓN MARROQUÍ

Siham Zebda

Igualdad y tributos 311

LA IGUALDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

Marco César García Bueno

Rubén Antonio González Franco

LA PROLONGACIÓN INDEBIDA DEL DISFRUTE DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD
SOCIAL. ART. 307 TER CP. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.
IMPACTO DE LA ESTRATEGIA DE MERCADO DIGITAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA
GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES
Remedios Campoy Gómez

LGTBI y políticas públicas

343

EL “RECONOCIMIENTO” COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO PARA LA SANCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DISCURSO DEL ODIO CONTRA EL COLECTIVO LGBTI

Alejandro L. de Pablo Serrano

TRANSEXUALES Y VIOLENCIA DOMÉSTICA EN BRASIL: (DES)CONSTRUCCIÓN DE LO GÉNERO A LA LUZ DE LA LEY MARIA DE LA PENHA

João Francisco da Mota Junior

EL DISCURSO EN TORNO A LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO Y SU IMPACTO NEGATIVO EN LOS PROCESOS DE DESARROLLO, IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DE POLÍTICAS DE INCLUSIÓN DE ESTUDIANTES SEXUALMENTE DIVERSOS EN AMÉRICA LATINA

Fidel Mauricio Ramírez

Kenia Karolina Latorre

Jeison Andrés Cardona

TRANSEXUALIDAD Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO: EL CAMBIO DE SEXO Y NOMBRE EN BRASIL

Ellen Carina Mattias Sartori Caldas

Janaína Regis da Fonseca Stein

Las mujeres cuentan. La perspectiva de género a través de los datos. Los movimientos sociales a través de las redes y el Big Data

409

MULHERES NA GESTÃO DE EMPRESAS NO BRASIL: O FÓRUM ADMINISTRADORAS DO SÉCULO XXI E A REALIDADE NACIONAL

Maria Cecília Bezerra Tavares

Manoel Gonçalves Rodrigues

LAS REDES SOCIALES Y SU CONCEPCIÓN COMO ACTIVOS DIGITALES

Javier Parra Domínguez

PER CAPITA GDP IN A GENDER PERSPECTIVE - BRAZIL, 1991-2015.

Lucilene Morandi

Hildete Pereira de Melo

Ruth Helena Dweck

EL TRABAJO INVISIBLE DE LAS MUJERES: EL TRABAJO NO REMUNERADO.RESULTADOS GENERALES DE LA ENCUESTA NACIONAL DE USO EL TIEMPO. COSTA RICA 2017

Irma Sandoval Carvajal

LA EVALUACION NEUROPSICOLOGICA DE LAS MUJERE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO HERRAMIENTA EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Ana Victoria Torres García

Miguel Pérez Fernández

Parejas del mismo sexo y relaciones de familia. Gestación por sustitución

491

REFLEXIONES SOBRE LA PARCIAL DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN PORTUGUESA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Felisa-María Corvo López

Políticas laborales para la conciliación de la vida familiar, laboral y personal

511

CONCILIACIÓN PARA UNA CRIANZA CON APEGO DESDE EL ENFOQUE DEL CICLO VITAL FEMENINO.

María Luisa Peña Gallo

HACIA UNA VERDADERA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN TÉRMINOS DE CORRESPONSABILIDAD: LA REDUCCIÓN/READAPTACIÓN DE JORNADA COMO DERECHO VERDADERO.

LA REFORMULACIÓN FÁCTICA DE LA FAMILIA COMO ARGUMENTO HACIA LO PERSONAL.

Sergio Martín Guardado

Responsabilidad social y medios de comunicación en la era de la información

547

DIFUSIÓN SOCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA EXPERIENCIA DE LA UNIDAD DE IGUALDAD UPV

Rosa Puchades Pla

Mª Rosa Cerdá Hernández

Seguridad y delincuencia

563

PLANTEAMIENTOS LIBERALES Y COMUNITARISTAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE
LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Javier Gómez Lanz

LA CÁRCEL EN COLOMBIA ¿UNA SOLUCIÓN EFECTIVA ANTE EL CRIMEN?; OTRA
ALTERNATIVA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Cristian Fabián Martínez Sánchez

ACTOS PREPARATORIOS DE TERRORISMO INDIVIDUAL: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 575
DEL CÓDIGO PENAL

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano

Violencia de género y políticas públicas

599

PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA DENUNCIA DE LAS VÍCTIMAS MUJERES INMIGRANTES
EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Almudena Valiño

VIOLENCIA DE GÉNERO EN URUGUAY: LA PERCEPCIÓN Y ROL DE LOS HOMBRERES
URUGUAYOS ANTE LAS RELACIONES DE PAREJA Y LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES

Alejandro Espí Hernández

A VIOLENCIA ONLINE DE GÉNERO NO BRASIL: APROXIMAÇÕES TEÓRICAS E
METODOLÓGICAS

Anelise Wesolowski Molina

Gerson Scheidweiler

PRESENCIA DE LA CAMPAÑA NARANJA EN LA ZONA METROPOLITANA DE PACHUCA,
HIDALGO (MÉXICO) ¿VISIBILIDAD, PREVENCIÓN O TRASFORMACIÓN?

Karla María Zúñiga Santillán

Araceli Jiménez Pelcastre

DESAFIOS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLENCIA DE GÉNERO NO BRASIL:
O DESMONTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO RIO DE JANEIRO

Líliá Guimarães Pougy

MUJER Y PRISIÓN
TRANSFORMANDO LO INVISIBLE EN VISIBLE

Rosa M. Gallardo García

VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES VELHAS (PERSONAS MAYORES, IDOSAS)

Sheila Marta Carregosa Rocha

VIOLENCIA DE GÉNERO, PROTECCIÓN, SOBREPOTECCIÓN O PATERNALISMO.
A PROPÓSITO DE LAS ÓRDENES DE ALEJAMIENTO NO DESEADAS.

Tàlia González Collantes

Violencia estructural sobre las mujeres: Acoso sexual, acoso laboral y acoso por razón de género

721

LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.
Juana Tejada Ríos

REGULACIÓN DEL DELITO DE ACOSO O STALKING EN ESPAÑA Y ALEMANIA. CONTRASTE
JURISPRUDENCIAL*

Margarita Roig Torres

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA EDUCACIÓN: AGENTES INVOLUCRADOS EN UNA
REALIDAD COMPLEJA.

Álvaro Jáñez González

Eva Picado Valverde

Ana Belén Nieto Librero

Amaira Yurrebaso Macho

Desigualdad, exclusión y procesos de organización comunitaria contra la violencia institucional

765

PROPUESTA DE UNA ESTRATEGIA PEDAGÓGICA ORIENTADA A ESCENARIOS DE PAZ
EN COLOMBIA.

Martínez Roa, Andrea

Fonseca Cuenca, Carmen

LA NECESIDAD DE FORMACIÓN CONTINUA DE MAESTROS DE EDUCACIÓN BÁSICA
EN LA ATENCIÓN A LA DIVERSIDAD E INTERCULTURALIDAD: UN DESAFÍO DE LA POLÍTICA
EDUCATIVA EN MÉXICO

Lydia Raesfeld

Rosa Elena Durán González

ENTRE FUXICOS E BAILADOS: UM OLHAR JURÍDICO SOBRE POLÍTICAS DE GÊNERO,
ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA E ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA RESIDÊNCIA
MULTIDISCIPLINAR EM ATENÇÃO INTEGRAL ÀS MULHERES NA FAVELA DA MARÉ.

Maria Celeste Simões Marques,

Cristiane Brandão Augusto

REGULACIÓN DEL DELITO DE ACOSO O STALKING EN ESPAÑA Y ALEMANIA. CONTRASTE JURISPRUDENCIAL^{406*}

Margarita Roig Torres

Universitat de València

Resumen:

El delito de acoso o *stalking* fue introducido en el artículo 172 ter CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, pensando principalmente en las mujeres que sufren actos de hostigamiento por parte de sus ex parejas. El legislador siguió el modelo del delito de persecución (*Nachstellung*) del § 238 StGB, aunque este precepto ha sido recientemente reformado, dejando de ser un delito de resultado para convertirse en un delito de idoneidad. No obstante, la regulación española ha prescindido de la cláusula analógica del precepto alemán, evitando la infracción del principio de seguridad jurídica. En cambio, nuestros tribunales han interpretado este ilícito de un modo excesivamente flexible, castigando conductas que generan mera intranquilidad o inquietud. A mi juicio, el hecho de que muchas veces constituya una manifestación de la violencia de género ha llevado a relajar indebidamente las exigencias del principio de intervención mínima.

Palabras clave: acoso, *stalking*, violencia de género, violencia contra la mujer, artículo 172 ter, *Nachstellung*.

Introducción

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, introdujo el delito de acoso o *stalking* en el artículo 172 ter CP. Es un tipo pensado principalmente para proteger a las mujeres frente a los actos de hostigamiento por parte de sus ex parejas. En la práctica judicial se enjuician con frecuencia supuestos en que el hombre tras la ruptura de una relación sentimental no acepta esta decisión y asedia a la mujer. Le envía mensajes de whatsapp, la llama insistentemente por teléfono, la visita en su domicilio, en el trabajo, incluso le manda regalos..., aunque para que sea delito es necesario que lo haga de una forma reiterada y sistemática. Mediante este comportamiento le crea una presión psíquica a la víctima que coarta su libertad y le afecta a su forma de vida, es decir, le lleva a cambiar sus rutinas para evitar al acosador.

406 Prof. titular de Derecho penal (acred. a catedrática). Correo electrónico: margarita.roig@uv.es.

Esta ponencia ha sido elaborada en el marco del Proyecto “Valoración de las recientes reformas adoptadas en los delitos de violencia de género” (ALCO/2017/109), concedido por la Conselleria D’Educació, Investigació, Cultura i Esport, de la Generalitat Valenciana.

Esa finalidad de proteger especialmente a la mujer, en el ámbito afectivo, se desprende del llamado Convenio de Estambul de 2011⁴⁰⁷, que determinó la tipificación de este delito. Esa norma obliga a los estados a castigar determinadas formas de violencia de género, entre ellas el acoso. También el Gobierno al aprobar el Anteproyecto de reforma del Código penal, anunciaba esta figura entre las novedades relevantes para afrontar la violencia de género⁴⁰⁸. Y en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, ratificado por el Congreso en diciembre de 2017, se concibe el acoso como una modalidad de esta violencia. (Ampliamente, ACALE SÁNCHEZ, 2018, pp. 5 y ss).

Pues bien, en el artículo 172 ter CP el legislador siguió el modelo del delito de persecución (*Nachstellung*) regulado en el § 238 StGB. No obstante, presenta dos diferencias importantes respecto a esta figura: la omisión de la cláusula analógica que en Alemania permite sancionar acciones semejantes a las previstas, y la exigencia de resultado, que se requiere en el artículo 172 ter CP y, en cambio, fue suprimido en el § 238 StGB por la ley de 1 de marzo de 2017. Esta disposición convirtió el *Nachstellung* en un delito de idoneidad (*Eignungsdelikt*), de modo que basta que la conducta del autor sea adecuada para alterar gravemente el estilo de vida de la víctima, pero ya no se requiere su modificación efectiva. Es decir, no es necesario que cambie sus rutinas o pautas de actuación.

Junto a estos dos grandes rasgos distintivos hay otros elementos que separan el precepto español del alemán. A continuación, compararé ambas figuras, procurando destacar las ventajas y deficiencias de cada una de ellas.

Marco teórico. Resultados

En el apartado 1º del artículo 172 ter CP se castiga a quien de forma insistente y reiterada y sin estar legítimamente autorizado, acosa a una persona mediante una serie de conductas, que se prevén en un catálogo cerrado, a diferencia del Derecho alemán:

- Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física de la víctima.
- Establecer o intentar establecer contacto con ella, a través de cualquier medio de comunicación o de terceras personas.

407 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011. Ratificado por España el 27 de mayo de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014).

408 (Nota de prensa recuperada de <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto> <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/gobierno-aprueba-anteproyecto>).

- Usar indebidamente datos personales, para adquirir productos o mercancías o contratar servicios, o para que terceras personas se pongan en contacto con ella.
- Y, atentar contra su libertad o patrimonio, o los de personas próximas.

Estas acciones coinciden en general con las previstas en el § 238 StGB, aunque en nuestro ordenamiento se han introducido algunas variaciones.

Para empezar, el acoso se ubica en el capítulo de las coacciones, cuando el propio legislador argumenta que es un delito diseñado para casos que no tienen encaje en las amenazas ni en las coacciones⁴⁰⁹. (Critican esta ubicación sistemática, ALONSO DE ESCAMILLA, 2013, p. 4, GALDEANO SANTAMARÍA, 2013, p. 569 y, VILLACAMPA ESTIARTE, 2016, pp. 1178 y 1179). Sin duda, es más coherente la regulación alemana de esta figura en un capítulo independiente dentro de los delitos contra la libertad (en general, se entiende que se protege la libertad de decidir y de obrar del a víctima, MEYER, 2003, pp. 1579 y 1580).

En cuanto a la conducta, en el artículo 172 ter CP se usa el verbo acosar, mientras en el § 238 StGB se habla de perseguir. Nuestra doctrina ha criticado que se utilice en la definición de acoso el propio término que se quiere definir (BAUCELLS LLADÓS, 2014, p. 6 y VILLACAMPA ESTIARTE, 2016, p. 1180). Sin embargo, a diferencia del artículo 182 CP que lleva por título el acoso sexual, el artículo 172 ter CP no va encabezado por la denominación acoso, de forma que no es el concepto que se va a concretar. La palabra acosar tiene un significado propio, que implica perseguir a alguien o apremiarle de forma insistente y molesta, y, por lo tanto, puede emplearse al describir el tipo.

De hecho, en Alemania se objeta que la expresión perseguir no es adecuada, porque esa persecución puede ser legítima (FISCHER, 2012, p. 1583 y KUBICIEL y BORUTTA, 2016, p. 194). Por ejemplo, en el caso de los periodistas que siguen a alguien en búsqueda de la noticia. Por eso en el § 238 StGB se ha añadido la cláusula “sin estar legítimamente autorizado”, para dejar claro que esos seguimientos son atípicos y no coartar la libertad de prensa (FISCHER, 2012, pp. 1581 y 1582).

Sin embargo, al copiar esa misma disposición en nuestro Derecho se introduce un elemento incomprensible porque el acoso siempre es ilegítimo y no puede ser autorizado (ACALE SÁNCHEZ y GÓMEZ LÓPEZ, 2013, p. 566, GALDEANO SANTAMARÍA, 2013, pp. 570 y ss, MAGRO SERVET, 2015, p. 15, MATAILLÍN EVANGELIO, 2015, p. 587, MUÑOZ CONDE, 2017, p. 149, PERAMATO MARTÍN, 2017, p. 7 y VILLACAMPA ESTIARTE, 2015, p. 585).

⁴⁰⁹ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/2015, de 23 de noviembre de Código penal.

Por otra parte, según el artículo 172 ter CP las acciones típicas se han de llevar a cabo de forma insistente y reiterada. El § 238 StGB requiere que la actuación sea persistente.

A mi juicio, a diferencia de lo que mantiene el Consejo Fiscal⁴¹⁰, esos dos requisitos se aplican a todas las conductas, incluido el uso indebido de datos personales. De manera que, si alguien los utiliza una sola vez, por ejemplo, los introduce en una web de contactos, aunque consiga que numerosas personas contacten con la afectada, falta el presupuesto de la repetición que exige el tipo. De otra parte, tampoco se da el carácter insistente, que implica un comportamiento sistemático que refleje la voluntad del autor de perseverar en su actuación. Así lo ha entendido tanto el Tribunal Supremo español (en la sentencia 324/2017, de 8 de mayo, adoptada por la Sala 2ª en Pleno)⁴¹¹ como el Tribunal Supremo alemán (en la sentencia de 19 de noviembre de 2009)⁴¹².

Además, considero que no puede precisarse de antemano el número de actos necesarios para completar el tipo, como afirman algunos autores (MATALLÍN EVANGELIO, 2015, p. 583 y MUÑOZ CONDE, 2017, p. 149. Por el contrario, estiman que no pueden concretarse, ALONSO DE ESCAMILLA, 2013, p. 2, CARPIO BRIZ, 2015, p. 625 y SERRANO GÓMEZ, 2017, p. 126). En cada caso habrá que comprobar si hay una conducta sistemática, si se afecta a la libertad de la víctima y si se altera gravemente el desarrollo de su vida cotidiana, como precisa el artículo 172 ter CP. También aquí hay unanimidad en la jurisprudencia española⁴¹³ y alemana⁴¹⁴ en este sentido. (En la doctrina se subraya que lo importante es la perseverancia del autor, EISELE, 2014, p. 2281, FISCHER, 2012, pp. 1583 y ss, KRACK y KISCHE, 2010, pp. 735 y 736, KÜHL, 2011, p. 1092 y SCHLUCKEBIER, 2009, p. 1431).

Igualmente, pese a la opinión contraria de algunos autores (MATALLÍN EVANGELIO, 2015, p. 582), creo que pueden combinarse varias acciones típicas para realizar el delito (También, CARPIO BRIZ, 2015, p. 627, GALDEANO SANTAMARÍA, 2013, p. 575, PALMA HERRERA, 2015, p. 406 y VILLACAMPA ESTIARTE, 2013, p. 603). De lo contrario, se brindaría al infractor la posibilidad de eludir el castigo simplemente cambiando su

410 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012, pp. 144 y 145. (Recuperado de <https://www.uv.es/limprot/boletin10/cf.pdf>).

411 STS de la Sala 2ª -en Pleno- 324/2017, de 8 de mayo (F.J.4).

412 Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 STR 244/09). (Recuperada de <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3-244-09.php>).

413 Pueden verse la STS de la Sala 2ª -en Pleno- 324/2017, de 8 de mayo (F.J.4) y la STS 554/2017, de 12 de julio (F.J.4). En igual dirección, la SAP de Ceuta 14/2017, de 14 de marzo (F.J.3) y la SAP de Pontevedra 576/2017, de 8 de septiembre (F.J.4).

414 Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 STR 244/09). (Recuperada de <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3-244-09.php>).

forma de acosar. El Tribunal Supremo español⁴¹⁵ y el alemán⁴¹⁶ también admiten esta alternancia. De hecho, en la práctica judicial no hay apenas supuestos en los que el sujeto activo reitere una única acción. Suelen sumarse mensajes de whatsapp, llamadas telefónicas, acercamientos físicos, etc.

Las conductas del número 1, vigilar, perseguir o buscar la cercanía física, son más amplias que en Alemania, donde sólo se prevé la búsqueda de cercanía física. Pero ni en la doctrina ni en la jurisprudencia⁴¹⁷ existe unanimidad en torno a si es necesario un acercamiento personal (Sobre la situación en Alemania, FISCHER, 2012, p. 1584 y KÜHL, 2011, p. 1093. En España requiere vigilancia física, MAGRO SERVET, 2015, p. 21. En cambio, admiten la vigilancia a distancia, MUÑOZ CONDE, 2017, p. 149 y PERAMATO MARTÍN, 2017, p. 5). A mi modo de ver, en la medida en que las tres conductas se citan por separado, se han de admitir formas de vigilancia que no requieren esa aproximación, como el uso de cámaras y dispositivos técnicos de grabación. Ahora bien, para que estos actos influyan en la persona acosada es necesario que los conozca (por ejemplo, porque el autor le envíe grabaciones o las cuelgue en internet, o porque le informen terceros) y, además, han de contribuir a alterar su vida cotidiana. Por eso, creo que pierde relevancia que el acosador esté más o menos cerca. Precisamente en el sistema alemán las captaciones a distancia se han tratado de sancionar mediante la única conducta típica que se recoge en este número, el acercamiento físico. Quizá el legislador español ha querido salvar esta laguna y prever todas las formas de vigilancia o aproximación.

Respecto a la conducta del número 2, consistente en establecer o intentar establecer contacto con la víctima, a mi juicio, no se produce una quiebra del principio de proporcionalidad ni de las reglas de la tentativa, como se ha afirmado (Una crítica a la equiparación de conductas en, ALONSO DE ESCAMILLA, 2013, p. 6, GOIKOLEA MARTÍN, 2016, p. 4, MARTÍNEZ MUÑOZ, 2017, p. 7, MATALLÍN EVANGELIO, 2015, p. 583 y MIRÓ LLINARES, 2015, p. 6). El resultado del delito no es el contacto con la persona acosada sino la alteración del desarrollo de su vida cotidiana. De manera que el intento de contacto no es una tentativa en sentido técnico. Y para producir esa alteración pueden ejercer la misma influencia los intentos reiterados de contactar con la víctima que el contacto efectivo. Sí se ha mejorado la norma alemana que alude sólo al intento de contacto.

⁴¹⁵ STS -Sala 2ª en Pleno- 324/2017, de 8 de mayo (F.J.4).

⁴¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Recuperada de <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

⁴¹⁷ Requiere proximidad física o que la víctima perciba ópticamente al autor, la SAP de Burgos 170/2017, de 26 de mayo (F.J.2). En cambio, admite la observación a distancia y a través de dispositivos electrónicos GPS o cámaras de video vigilancia, la SJ Instrucción de Tudela de 23 de marzo de 2016 (F.J.1).

En el número 3, como he dicho, es importante mantener la reiteración en el uso abusivo de los datos.

En el número 4 se pena a quien atente contra la libertad o contra el patrimonio de la persona acosada. Los ataques comprendidos en esta disposición deberían ser hechos menores no delictivos, como una breve retención o unos daños insignificantes, porque el apartado 3 obliga a castigar por separado los hechos de acoso que en sí mismos sean constitutivos de delito. Por lo tanto, si estos actos integran el acoso y, además, se penan por la correspondiente figura, se vulnerará el principio *non bis in ídem*.

Efectivamente, nuestros tribunales han mantenido una interpretación restrictiva y han entendiendo consumidos los daños menores en el delito de acoso. Hechos como romper el retrovisor de un coche, o pinchar una rueda, se describen en alguna sentencia como actos de hostigamiento, pero no se castigan por separado⁴¹⁸.

Pues bien, este número 4 sí dista sustancialmente del previsto en el § 238.1.4 StGB. Esta norma no contempla como actos de acecho las agresiones al patrimonio o la libertad. En su lugar, prevé los casos en que el autor amenaza a la víctima con lesionar su vida, integridad física, salud o libertad, o la de sus parientes o personas cercanas. Ahora bien, el Tribunal Supremo alemán admite el concurso de leyes, de forma que si revisten cierta gravedad son sancionadas por el delito de amenazas (§ 241 StGB), que puede concurrir en concurso ideal con el § 238 StGB si hay otros actos de hostigamiento graves (KÜHL, 2011, p. 1093).

Por el contrario, el artículo 172 ter CP no contempla las amenazas entre las conductas típicas, lo que llama la atención porque el Convenio de Estambul obliga precisamente a tipificar los comportamientos amenazantes. A mi modo de ver, la solución correcta es la adoptada en Alemania, puesto que ambos delitos protegen la libertad de decisión de la víctima. De manera que las amenazas se deben entender consumidas en el acoso si son menores y castigarlas por los tipos de amenazas si revisten gravedad. En este caso, se aplicará un concurso real de delitos, en virtud del apartado 3, si hay otros actos de acoso suficientes además de las amenazas, pero no se sancionarán por los dos tipos porque se infringiría el principio *non bis in ídem*.

⁴¹⁸ La SAP de Burgos 170/2017, de 26 de mayo, incluye esos daños en la narración de hechos probados relativos al delito de acoso.

En realidad, nuestros tribunales aplican esta solución. Incluyen las amenazas menores en el acoso (por ejemplo, reclamar un pago no debido y amenazar con denunciar si no se cumple)⁴¹⁹ y castigan las más graves en concurso real⁴²⁰.

Pues bien, las conductas citadas en los cuatro apartados son las únicas que pueden dar lugar al delito de acoso.

En el anteproyecto de reforma del Código penal se incluía, además, el número 5, donde se castigaba a quien “realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores”, reproduciendo el número 5 del § 238.1 StGB.

En realidad, en Alemania tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que esta cláusula infringe la exigencia de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad del § 103.2 de la Ley Fundamental (KÜHL, 2011, p. 1094 y SCHLUCKEBIER, 2009, p. 1430)⁴²¹. Por eso, el Gobierno alemán la eliminó en el proyecto que culminó en la Ley de reforma de 2017⁴²². Pero finalmente el legislador⁴²³ decidió mantenerla atendiendo a las opiniones de algunos expertos que apuntaron que si se suprimía no se podrían castigar conductas equivalentes a las previstas: anuncios falsos de muerte o matrimonio, manipulación en redes sociales (por ejemplo, aparecer bajo el nombre de la víctima), dejarle cerca ciertos objetos (como excrementos o cadáveres de animales, etc.), usar programas espía, realizar actos de desprecio ante los superiores, publicar datos personales en Internet, o enviar regalos de manera anónima y continuada⁴²⁴.

Por el contrario, en nuestro Derecho se acogieron las enmiendas formuladas en el Congreso, en las que se argumenta que esa cláusula vulneraba la prohibición de analogía in *malam partem*⁴²⁵. A mi juicio, se trataba en realidad de un supuesto de interpretación analógica, que podría haber tenido cabida en el CP. Sin embargo, teniendo en cuenta la amplitud de las conductas típicas creo que esa norma habría sido abiertamente contraria a la exigencia de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad.

419 SAP de León 1101/2017, de 20 de octubre (F.J.1).

420 SAP de Pontevedra 66/2017, de 31 de marzo (F.J.1).

421 También la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de noviembre de 2009 (BGH 3 StR 244/09). (Recuperada de <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/09/3-244-09.php>).

422 (Recuperada de <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/099/1809946.pdf>).

423 (Tramitación parlamentaria recuperada de <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/762/76261.html>).

424 (Informes de los expertos acerca del proyecto de reforma, recuperados de <https://kripoz.de/Kategorie/gesetzentwurfe/stalking/>).

425 Enmienda n° 472 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), Enmienda n° 554 del Grupo Parlamentario Unió, progreso y Democracia, y Enmienda n° 670 del Grupo Parlamentario Socialista.

Como digo, por tanto, en España sólo son punibles las conductas descritas en los 4 números del apartado 1 del artículo 172 ter CP.

En cambio, en Alemania se prevén, además, dos tipos agravados. Se incrementa la pena si el autor pone en peligro la vida o la salud de la víctima o de una persona cercana, y si efectivamente les causa la muerte. Por este cauce se han sancionado supuestos en los que como consecuencia del hostigamiento la víctima acaba suicidándose (EISELE, 2014, pp. 2287 y 2288 y KINDHÄUSER, 2013, p. 846.). Para ello la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 15 de febrero de 2017 requiere, en esencia, que el suicidio fuera previsible para el autor⁴²⁶.

En nuestro Código el apartado 3 del artículo 172 ter CP dispone 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. Es decir, obliga a aplicar las reglas del concurso real cuando las conductas de acoso sean constitutivas de delito (de daños, amenazas, coacciones, lesiones, etc.) (CUERDA ARNAU, 2015, p. 176 y PERAMATO MARTÍN, 2017, pp. 8 y 9)⁴²⁷. Pero, a mi juicio, un mismo acto no podrá castigarse en virtud de estas figuras y además como delito de acoso porque se incumpliría el principio non bis in idem. De manera que sólo se aplicará el artículo 172 ter CP cuando junto a esos delitos haya otras conductas graves de hostigamiento.

Pero como antes indicaba, además de la ausencia de la cláusula analógica que se regula en Alemania, hay otra diferencia sustancial entre el § 238.1 StGB y el artículo 172 ter CP. En los dos se requería que las acciones típicas provocaran como resultado, una alteración grave en el estilo de vida de la víctima (en el desarrollo de su vida cotidiana, dice el Código español). Pero la ley de reforma alemana de 1 de marzo de 2017⁴²⁸, modificó el tipo básico del § 238.1 StGB, y lo reguló como un delito de idoneidad (Eignungsdelikt). De forma que actualmente basta la adecuación objetiva de la conducta para producir ese resultado (sobre las críticas tradicionales al resultado, MÜLLER, 2016, p. 1).

En cambio, el artículo 172 ter CP fue introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, cuando todavía no se había publicado el proyecto de reforma alemán de 12 de octubre de 2016, lo que explica que no se haya tenido en cuenta esa reforma y que se mantenga la exigencia de resultado.

⁴²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (BGH 4 StR 375/16). (Recuperada de <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/4/16/4-375-16.php?referer=db>).

⁴²⁷ En el mismo sentido, Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer - Año 2016. Documento de la Fiscalía General del Estado de 24 de marzo de 2017, pp. 25 y 26.

⁴²⁸ Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen vom 1. März 2017, Bundesgesetzblatt Teil I 2017 Nummer 11 vom 9. März 2017. Seite 386-387). (Recuperado de https://dejure.org/BGB/2017/BGBI_1_S_386).

A mi modo de ver, la nueva versión del § 238.1 StGB es mucho más coherente, dado que como señalaba el Ministro de Justicia alemán, Heiko Maas, la pena ya no depende de la reacción de la víctima sino de las características de la conducta del autor⁴²⁹. Entiendo que así se salvan los problemas de proporcionalidad que plantea la exigencia de resultado, ya que es posible que un comportamiento sea castigado y, en cambio, otro semejante o incluso más grave resulte impune, según la persona acosada tome medidas o no ante el acosador.

Ahora bien, esta diferencia que comento en cuanto al resultado se refiere a la regulación legal, que como digo hoy varía en Alemania y en España, tras la reforma de 2017. Pero en la práctica judicial la situación es distinta.

Tradicionalmente la jurisprudencia alemana ha interpretado el resultado como la exigencia de un cambio en las circunstancias externas de la vida de la víctima. Es decir, para aplicar el § 238.1 StGB los tribunales exigían que la persona perseguida modificara sus hábitos o rutinas. En este sentido se pronunciaba el Tribunal Supremo en algunas sentencias emblemáticas, como la de 19 de diciembre de 2012⁴³⁰ o la de 16 de junio de 2014⁴³¹. Como ejemplos, citaba el cambio de domicilio, de lugar de trabajo, el hecho de tomar precauciones especiales al salir de casa o de noche, renunciar a las actividades de ocio, etc.

A partir de la reforma, se valorará si la conducta es bastante grave para provocar esos cambios, pero según el tipo no es necesario que se produzcan.

En cambio, en España, aunque el artículo 172 ter CP exige que el autor altere gravemente el desarrollo de la vida de la víctima, en la práctica judicial se mantiene una interpretación similar a la que rige en Alemania tras la reforma. Es decir, se precisa tan solo que la conducta sea idónea para obligar a la persona acosada a introducir modificaciones en sus costumbres.

El Tribunal Supremo, en la sentencia 324/2017, de 8 de mayo, adoptada por la Sala 2ª en Pleno, requiere que la acción sea apta para alterar los hábitos cotidianos de la víctima. Dice el Tribunal que para valorar esa capacidad se ha de atender al estándar del “hombre medio”, aunque matizado por las circunstancias concretas de la parte agraviada (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...). Y apunta

429 (Recuperado de

http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/07/132016_Kabinett_Schutz_Stalking.html).

430 “...Puesto que ha sido interpretado por la doctrina como un delito de resultado, 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”. Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 19 de diciembre de 2012 (BGH 4 StR 417/12). (Recuperada de <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/12/4-417-12.php?referer=db>).

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

como supuestos de alteración grave de la vida cotidiana algunos similares a los que se indican en Alemania: cambio de teléfono, de rutas, rutinas o lugares de ocio⁴³².

Por lo tanto, para aplicar el artículo 172 ter CP no se exige que la persona acosada haya introducido cambios efectivos en su conducta, sino que, en realidad, se valora la gravedad del comportamiento del autor. Esta postura coincide de facto con la que se ha introducido legalmente en el § 238.1 StGB con la reforma de 2017.

Ahora bien, hay que decir que esta interpretación del resultado no la mantienen de forma unánime todos los tribunales españoles. Hay numerosas sentencias en las que se exige únicamente que la víctima haya sufrido intranquilidad o inquietud. Incluso, en algunas se condena partiendo de que la conducta normalmente produce esos efectos psicológicos, o influye negativamente en el ánimo de la persona afectada.

Esta posición distinta de los tribunales alemanes y españoles, exigiendo un cambio externo en las rutinas, frente a la simple influencia psíquica, ha hecho que los casos castigados en Alemania sean notablemente más graves que los sancionados en España.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán, en la citada sentencia de 19 de diciembre de 2012, estimó que no se habían acreditado cambios sustanciales en la forma de vida externa, y dejó sin efecto la condena, pese a que en los hechos probados de la sentencia impugnada se recogían múltiples actos de acecho: visitas reiteradas a la vivienda y al centro de trabajo, seguimiento continuado con el coche, envío masivo de cartas incluso con amenazas de muerte, etc.

Además, en el relato fáctico constaban también efectos importantes: la mujer sufrió trastornos del sueño, ataques de pánico, dificultad para respirar, problemas gastrointestinales graves, etc., e incluso, tuvo que tomar antidepresivos. A veces, debido a su estado de salud, no pudo continuar con su trabajo y en tres ocasiones estuvo

⁴³² “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 acordeada por un acoso sistemático sin visos de cesar, la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...). No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemática 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 escape, 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” (F.J.4).

incapacitada durante varios días. Antes de regresar a casa por la noche, preguntaba por teléfono a los vecinos si el acusado estaba en el coche frente a su apartamento y ante el temor que sentía ya no podía andar sola.

El Tribunal Supremo entendió que el fallo condenatorio carecía de fundamentación suficiente para aplicar el § 238.1 StGB y devolvió el asunto para que se celebrara un nuevo juicio.

Igualmente, el Juzgado de instrucción de Löbau en la sentencia de 17 de abril de 2008, rechazó la condena por un delito de persecución, pese a que el acusado realizó numerosas llamadas a su ex pareja, le dejó multitud de mensajes telefónicos, etc. La mujer cambió de número de teléfono, abandonó su casa y alquiló una habitación durante una semana, y dejó de ir a un apartamento, salvo cuando iba acompañada, además de sufrir efectos psicológicos a raíz de esos hechos (KRÜGER, 2010, p. 546). Estas resoluciones contrastan con muchas de las dictadas por los tribunales españoles, en las que se condena por hechos visiblemente menos graves, y en las que, además, la fundamentación es mucho más escueta.

Por ejemplo, la SAP de Alicante 176/2017, de 10 de marzo, apreció el acoso porque el autor envió cientos de mensajes de móvil a su ex pareja. Dice el tribunal que estos hechos objetivamente valorados y analizados en su conjunto integran el tipo del artículo 172 ter CP. Curiosamente argumenta que esa conducta fue acompañada de expresiones susceptibles de incidir negativamente en el ánimo de la destinataria. Concluye que estos hechos crearon en la víctima una grave alteración en su desarrollo vital, pero no especifica datos concretos. Por lo tanto, se refiere a la influencia psíquica que presupone en esos actos⁴³³.

La SAP de Madrid 344/2017, de 20 de junio, mantuvo la condena de la acusada que mandó numerosos mensajes al teléfono de su ex marido, a través de whatsapp y de mensajes de texto. Pero en la sentencia no se expresa ningún cambio en la vida del afectado. El tribunal aduce que para cualquier observador imparcial, esa permanente, desordenada, dilatada, exagerada y no justificada remisión de mensajes y comunicaciones telefónicas no puede asumirse con normalidad y sin perturbación, ni obedecer a otro ánimo que el de inmiscuirse en la vida del receptor más allá de los límites tolerables, causando una intranquilidad en éste y un desasosiego objetivamente perceptible y rechazable⁴³⁴.

La SAP de Teruel 23/2017, de 21 de junio, desestimó el recurso del condenado, que

433 SAP de Alicante 176/2017, de 10 de marzo (F.J.1).

434 SAP de Madrid 344/2017, de 20 de junio (F.J. 1 y 4).

alegaba que la propia denunciante, su ex esposa, reconoció no tenerle miedo y que no se produjo una alteración importante en el desarrollo de su vida cotidiana. La condena se basó exclusivamente en los actos de acoso: el envío de numerosos mensajes de whatsapp, llamadas telefónicas y frases humillantes. La sentencia tampoco indicaba los efectos que produjeron estos actos⁴³⁵.

La SAP de León 1101/2017, de 20 de octubre, anuló el auto de archivo de una causa en la que constaba que la denunciante había recibido numerosas llamadas telefónicas y requerimientos de pago de una deuda inexistente. Pero no se recogen ni consecuencias psíquicas ni un cambio de hábitos de la destinataria⁴³⁶.

Conclusiones

El artículo 172 ter CP ha seguido el modelo del § 238 StGB, con algunas mejoras, pero también con algunas incoherencias, motivadas por una inadecuada traslación del precepto alemán, además de conservar la exigencia de resultado, censurada de forma unánime y que recientemente ha sido suprimida en Alemania.

En el artículo 172 ter CP se utiliza el verbo acosar, precisando que ha de hacerse de forma insistente y reiterada, mientras en el § 238 StGB se habla de perseguir de modo persistente. Es cierto que el término acosar tal vez no es el más idóneo para definir la conducta, pero su significado, perseguir sin dar tregua o apremiar de forma insistente con molestias o requerimientos, unido a las acciones típicas expresa la idea de hostigamiento que se quiere tipificar. Por otra parte, a diferencia del artículo 182 CP -acoso sexual-, el artículo 172 ter CP no va encabezado por la denominación acoso, lo que haría impropcedente utilizar esta expresión en la definición del delito. De esta forma se salvan las objeciones formuladas en Alemania al término persecución (Nachtellung), dado que puede ser un comportamiento plenamente legítimo. Además, en la medida en que cabe una persecución lícita, se incorporó la cláusula “de manera no autorizada”, con el fin de no coartar la libertad de prensa de los periodistas. En cambio, su uso en el acoso resulta incongruente, porque una actuación abusiva en sí no puede nunca autorizarse.

A continuación, se tipifican varias conductas en un listado cerrado que no permite castigar otras distintas al haberse suprimido el apartado 5 del artículo 172 ter CP que figuraba en el Anteproyecto de reforma. Por el contrario, esta disposición se mantiene en el § 238.1 StGB tras la ley de 2017, pese a las amplias objeciones recibidas por conculcar el principio de certeza, al considerarse necesaria para sancionar actos equivalentes a los previstos. Sin embargo, en nuestro ordenamiento se rechazó ese

⁴³⁵ SAP de Teruel 23/2017, de 21 de junio (F.J.1).

⁴³⁶ SAP de León 1101/2017, de 20 de octubre (F.J.1).

apartado por estimarlo contrario a la prohibición de analogía *in malam partem*. A mi juicio, aunque se trataba en realidad de un supuesto de interpretación analógica, la amplitud de las acciones típicas y la falta de precisión de algunas de ellas hacían que esa cláusula resultara abiertamente contraria a la seguridad jurídica y al principio de legalidad.

Esas acciones sólo dan lugar al delito si se realizan de manera repetida, incluso en el caso del uso abusivo de datos personales de la víctima que desencadena multitud de contactos por parte de terceros. En contra de lo mantenido por el Consejo Fiscal, entiendo que no puede prescindirse del requisito de la reiteración, por el sujeto activo, y que este presupuesto no se cumple si no realiza varias veces esa u otras acciones, por mucho que sí se dé una pluralidad de actos por parte de otras personas hacia la acechada. Asimismo, en caso de utilizar el autor esa información una sola vez, su conducta carecería del carácter sistemático que requiere el tipo.

Del mismo modo, pienso que no se puede fijar *a priori* un número de actos necesarios para realizar el delito, puesto que en cada caso se deberá comprobar la tendencia del autor a persistir en su actitud y la efectiva alteración grave de la vida cotidiana. Asimismo, creo que el ilícito puede realizarse tanto mediante la repetición de la misma acción, como combinando varias distintas. Sería absurdo exigir esa homogeneidad porque se estaría ofreciendo a quien realiza el hostigamiento la posibilidad de eludir la condena, simplemente variando su forma de acosar.

Las conductas típicas coinciden parcialmente con las recogidas en el § 238.1 StGB. En esta norma se prevé como primera conducta la búsqueda de cercanía física, a la que el artículo 172 ter, apartado 1 CP, añade la persecución y la vigilancia. La tipificación de esta última modalidad creo que supone la admisión de formas indirectas de aproximación, mediante artilugios técnicos, que en Alemania se han tratado de castigar como forma de acercamiento físico al no contemplarse la vigilancia. De manera que quizá el legislador español ha querido salvar esta laguna. En nuestro país un sector doctrinal ha criticado la imprecisión de este número 1, sin embargo, la necesidad de que se altere gravemente la vida cotidiana de la víctima resta relevancia a que el acosador se halle más o menos cerca de ella, porque sólo si conoce esas intrusiones y si le influyen psicológicamente pueden tenerse en cuenta para realizar el delito.

La tipificación del contacto e intento de contacto a mi juicio no suponen una quiebra del principio de proporcionalidad ni de las reglas de la tentativa. En este delito se penalizan acciones que en sí son atípicas, de suerte que no constituyen tentativa en sentido penal. Lo relevante es que esos actos globalmente produzcan una alteración grave en el desarrollo de la vida y a estos efectos pueden ejercer la misma influencia los intentos reiterados de conectar con la víctima que el contacto efectivo.

Respecto a los atentados a la libertad o el patrimonio, considero que deben entenderse referidos a las limitaciones leves de la libertad de movimiento y a los pequeños

daños al patrimonio, englobándolos en el delito de acoso. Si los hechos contra esos bienes revisten una trascendencia mayor, entrará en juego el apartado 3 del artículo 172 ter CP y, en mi opinión, deberán sancionarse por separado conforme al tipo correspondiente, pero sin valorarlos además para completar el acoso porque entonces se infringiría el principio *non bis in ídem*. Esta misma solución se debe aplicar a las amenazas, pese a no encontrarse entre las conductas típicas, en la medida en que afectan a la libertad de decisión.

Como resultado de estas conductas, realizadas de forma insistente y reiterada se ha de producir una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana. En este punto la interpretación de los tribunales españoles y de los alemanes dista sustancialmente.

En Alemania se ha exigido que la persona perseguida haya adoptado cambios sustanciales en sus hábitos de vida externa, los daños psicológicos incluso graves son irrelevantes para el nacimiento del delito. La reforma de 2017 ha eliminado este presupuesto, y basta la adecuación objetiva de la conducta para provocar ese resultado. Se ha acabado así con la aleatoriedad que suponía supeditar el delito a la reacción de la persona perseguida.

Por el contrario, en el artículo 172 ter CP se sigue manteniendo el resultado. Pese a ello, nuestros tribunales han adoptado una interpretación semejante a la alemana y han precisado tan solo que la actuación sea idónea para alterar el desarrollo de la vida de la víctima. Sin embargo, en muchas sentencias se considera realizado el resultado simplemente cuando la persona acosada sufre inseguridad o intranquilidad. Incluso, en ocasiones basta que esos efectos psicológicos se vean como una consecuencia normal del comportamiento del autor, con independencia de los efectos concretos que haya tenido.

Pero debido a esa lectura laxa se han impuesto condenas por actuaciones de menor gravedad a las que se sancionan en Alemania en aplicación de disposiciones en algunos casos idénticas. Por eso decía que el hecho de que este delito lo sufran en mayor medida las mujeres, principalmente por parte de sus ex parejas, no puede llevar a relajar las exigencias del principio de intervención mínima. Y en este caso entiendo que este principio impide castigar acciones que causen simplemente intranquilidad o inquietud, o que afectan negativamente al ánimo de la víctima, como se lee en algunas resoluciones como fundamento de la pena.

En consecuencia, creo que debe suprimirse el resultado típico, como se ha hecho en Alemania, para no subordinar la realización del delito a la respuesta de la víctima, lo que puede conducir a consecuencias desproporcionadas sancionando acciones de

inferior entidad a otras que resultan impunes por no ceder la persona acosada a la presión de quien realiza el hostigamiento.

Ahora bien, la eliminación de ese elemento debe ir acompañada de un mayor rigor en la aplicación del delito, castigando únicamente las actuaciones verdaderamente serias que afecten a la libertad de actuación y decisión de la víctima y no las que generen puras molestias o intranquilidad.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2018). Aspectos penales del Pacto de Estado español contra la violencia de género de 2017, *Diritto Penale Contemporaneo*, (1), 5-36. (Recuperado de <https://www.penacontemporaneo.it/d/5789-aspectos-penales-del-pacto-de-estado-espaol-contra-la-violencia-de-genero-de-2017>).
- ACALE SÁNCHEZ, M. y GÓMEZ LÓPEZ, R. (2013). Acoso – Stalking: Artículo 172 ter (pp. 565-566). En ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A. (2013). El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades, *La Ley Penal*, (105), 1-10.
- BAUCELLS LLADÓS, J. (2014). La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de Código penal, *Revista General de Derecho Penal*, (21), 1-17.
- CARPIO BRIZ, D. (2015). Artículo 172 ter (pp. 624-628). En CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.). *Comentarios al Código penal*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- CUERDA ARNAU, M.L. (2016). El denominado delito de hostigamiento o *stalking*: artículo 172 ter (pp. 174-176). En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.). *Derecho penal. Parte especial*, 5ª edición, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- EISELE, J. (2014). § 238 StGB (pp. 2278-2289). En SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29 Auflage, München, Deutschland: C.H.Beck.
- FISCHER, T. (2012). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, München, Deutschland: C. H. Beck.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A. (2013). Acoso - stalking: Art. 172 ter (pp. 567-580). En ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- GOIKOLEA MARTÍN, L.A. (2016). Derecho de familia y Derecho penal. Novedades del Código penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015 y jurisprudencia penal, *Cuadernos Digitales de Formación*, (39), 1-22.

- KINDHÄUSER, U. (2013). *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 5 Auflage, Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- KRACK, R. y KISCHE, S. (2010). Fortgeschrittenenhausarbeit – Strafrecht: Nachstellung mit unverhofften Folgen, ZJS, 733-741. (Recuperado de http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_6_398.pdf).
- KRÜGER, M. (2010). Stalking in allen Instanzen – Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB, NSTZ, (10), 546-552.
- KUBICIEL, M. y BORUTTA, N. (2016). Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung, *KripoZ*, (3), 194-198.
- KÜHL, K. (2011). *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 27 Auflage, München, Deutschland: C. H. Beck.
- MAGRO SERVET, V. (2015). Reforma del Código penal afectante a la violencia de género, *Diario La Ley*, (8539), 1-13.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, C.J. (2017). El «nuevo» delito de acoso del artículo 172 ter, *Diario La Ley*, (9006), 1-15.
- MEYER, F. (2003). Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von «Stalking» im deutschen Recht, *ZStW*, nº 115, 2003, 115 (2), pp. 249-293.
- MIRÓ LLINARES, F. (2015). La ciberdelincuencia, *Cuadernos Digitales de Formación*, (46), 1-21.
- MÜLLER, H.E. (2016). Reform des § 238 StGB - „Stalking“, eine gute Idee?, *beck-community*, 17 de febrero de 2016, p. 1. (Recuperado de <https://community.beck.de/2016/02/17/reform-des-238-stgb-stalking-eine-gute-idee>).
- MUÑOZ CONDE, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- PALMA HERRERA, J.M. (2015). El delito de acoso (pp. 403-411). En MORILLAS CUEVA, L. (Dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid, España: Dykinson.
- PERAMATO MARTÍN, T. (2017). Los nuevos tipos penales de violencia de género, *Cuadernos Digitales de Formación*, (18), 1-25.
- SERRANO GÓMEZ, (2017). Acoso (pp. 125-127). En SERRANO GÓMEZ, A. et. al. *Curso de Derecho penal. Parte especial*, 4ª edición, Madrid, España: Dykinson.
- SCHLUCKEBIER, W. (2009). § 238 StGB (pp. 1429-1434). En SATGER, H., SCHMITT, B. y WIDMAIER, G. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, München, Deutschland: Carl Heymanns.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015). El delito de *stalking* (pp. 379-398). En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentario a la reforma de 2015*, Pamplona, España: Aranzadi.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2016). Artículo 172 ter (pp. 1176-1191). En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, Pamplona, España: Aranzadi.