



La jurisdicción de menores ante los casos de *bullying* y *ciberbullying*

Los centros escolares deben ser lugares seguros donde los menores puedan ejercer el derecho a la educación y el libre desarrollo de su personalidad. Pero el acoso escolar no solo infringe este derecho, sino también la integridad moral de niños y adolescentes. En los últimos años se ha venido observando un fuerte incremento del acoso escolar y una gran preocupación de la ciudadanía respecto del mismo. No sabemos si en realidad hay un incremento o si ahora los casos salen más a la luz. Lo que si se observa es un agravamiento de los mismos como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y su uso generalizado por niños y adolescentes. Se produce así una amplificación de sus efectos con graves consecuencias para las víctimas. La Jurisdicción de menores puede dar respuesta puntual a estos casos desde la reeducación y la resocialización, pero la clave para solventar el problema es la prevención y educación de nuestros menores.

Palabras clave: Acoso y ciberacoso escolar, prevención, protección de la víctima, medidas, inserción

1. Definición de acoso escolar

Como pone de manifiesto la Instrucción de la FGE 10/2005 sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil hasta hace bien poco tiempo el acoso escolar se caracterizó por ser un fenómeno oculto, pese a haber estado presente desde siempre en las relaciones entre los menores en los centros educativos y hasta hace poco se consideraba algo inevitable y en cierta manera ajeno a las posibilidades de intervención del sistema penal.

El Dictamen del Comité Económico y Social de 23 de diciembre de 2009 (2009/C 317) sobre Espacios urbanos y delincuencia juvenil considera que el acoso es una manifestación más de violencia en los jóvenes si bien referido al ámbito del espacio urbano en el entorno escolar. Por lo tanto, no respondería solo a un fenómeno dentro de la escuela. Por el contrario, la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil, el papel de las mujeres, la familia y la sociedad (2007/2011(INI)) lo considera exclusivamente como un fenómeno dentro de la escuela y pidió, en este contexto, a los Estados miembros que den a las autoridades escolares las directrices adecuadas para seguir un procedimiento moderno de resolución de conflictos en el ámbito escolar mediante instituciones mediadoras en las que participen conjuntamente alumnos, progenitores, docentes y servicios competentes de las entidades locales.

Estima que: “es absolutamente necesario proporcionar la formación adecuada a los docentes para que puedan gestionar la heterogeneidad de

la clase, desarrollar una pedagogía basada, no en amonestaciones, sino en la prevención y la solidaridad, y evitar la estigmatización y marginación tanto de los menores infractores como de sus condiscípulos que son sus víctimas”.

Así, la Resolución del Parlamento Europeo considera que el acoso escolar comprende un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, creando en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad con el fin de quebrantar la integridad física y moral. También se hace eco de los efectos negativos que producen entre los jóvenes los juegos, la televisión e Internet, así como la explotación de la imagen de menores víctimas o infractores, porque los medios de comunicación rozan en numerosas ocasiones la vulneración de los derechos fundamentales de los niños y contribuyen a propagar la banalización de la violencia.

En principio debemos afirmar que no existe un concepto consensuado sobre acoso escolar. Se han dado varias definiciones desde distintos ámbitos, poniendo el énfasis en uno u otro aspecto. No existe tampoco una definición legal de acoso escolar. Debido a ello es muy frecuente que se le defina por sus características.

2. Características del acoso escolar

El acoso escolar se suele definir por sus características, entre las que podemos destacar que:

1. Puede integrar una gran variedad de conductas o comportamientos de diferente gravedad.
2. Todas ellas van encaminadas a atentar contra la dignidad de la persona.
3. El carácter repetido de los actos o comportamientos de maltrato en el tiempo. Si bien también la jurisprudencia ha señalado que no es imprescindible la reiteración de comportamientos y un solo hecho siempre que tenga la intensidad suficiente para atentar contra la integridad moral puede ser suficiente para apreciar un delito de acoso⁽¹⁾.
4. En tercer lugar, el abuso de poder, es decir, la existencia de una situación de desequilibrio de poder o desigualdad de fuerzas entre agresor y víctima.
5. El centro escolar como escenario. Si bien no quiere decir que parte de las conductas constitutivas de acoso también se pueden desarrollar en otros ámbitos. Así García Esteban⁽²⁾ entiende que si se realiza en otros ámbitos son acoso, pero no escolar. Entendemos que carece de importancia jurídico penal, pero no desde el punto de vista jurídico civil respecto del centro docente cuando se realizan fuera del centro escolar y de horario escolar. No obstante, como son conductas continuadas en el tiempo, en líneas generales es frecuente que algunas se desenvuelvan dentro de centro y otras fuera de él.
6. La minoría de edad penal tanto del acosador como de la víctima. No necesariamente se desenvuelve entre menores de edad. Lo cierto es que para que pueda tener una respuesta desde el ámbito penal es necesario que el agresor sea mayor de 14 años y menor de 18 años.

⁽¹⁾ STS n.º 819/2002, de 8 de mayo.

⁽²⁾ GARCÍA ESTEBAN, MARIANO DAVID. Cuestiones problemáticas en algunas tipologías de delitos cometidos por menores 8violencia de género, violencia doméstica, acoso escolar y delitos contra la libertad e indemnidad sexual) Cuadernos digitales 37, 2015 CGPJ.

3. Normativa

Antes de abordar la normativa debemos aclarar que la solución al acoso escolar no viene desde la mano de la sanción o el paso del menor por el proceso penal, sino más bien desde la educación y la prevención. Ello no quiere decir que se dejen impunes comportamientos en el ámbito escolar que son claramente incardinables en los tipos previstos en el Código Penal.

Desde esta perspectiva no podemos más que compartir la afirmación de algunos autores como Subijana Zunzunegui al afirmar que: “La política pública en materia de acoso escolar debe integrar componentes preventivos y reactivos, evitando, en todo momento, la tendencia, abonada por la necesidad de ubicar en el punto neurálgico de la agenda política temas de gran calado mediático, de desplazar al campo penal la discusión de los problemas sociales”(3).

Toda la regulación viene a proclamar el respeto a la dignidad de la persona y el respeto a su integridad moral.

3.1. Normativa internacional

La prohibición de la tortura, tratos inhumanos y degradantes se recoge en varios textos internacionales:

Ya el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos del ciudadano y del hombre, aprobado por Organización de Naciones Unidas en 1948 proclamaba la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes.

También el art. 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (ONU 16 de noviembre de 1966) se hace eco de tal prohibición.

Conviene, así mismo, destacar la Convención de Organización de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984.

El art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de Roma de 4 de noviembre de 1950, también prohíbe la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. Convenio sujeto a la fiscalización por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Especial mención debe recibir la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que es una norma internacional vinculante ratificada por España sin reserva. Así podemos observar que en el art 37 se reconoce la obligación de los Estados de garantizar la prohibición de tratos crueles, inhumanos, degradantes. En igual sentido el art 3,3 señala que los Estados miembros se asegurarán que las autoridades, instituciones y personal encargado del cuidado y educación de los niños cumplan con su seguridad y lleven a cabo una supervisión adecuada. Por último, podemos destacar los arts. 19, 27, 29, que específicamente hacen referencia a la educación. Este último precepto señala que la educación desarrollará en el niño: “su personalidad y capacidades, el respeto a los derechos y libertades universales, el respeto a los padres, el compromiso solidario y la participación social.”

Este derecho a la educación reconocido en la Convención como expone Oñate Cantero exige que los centros escolares se configuren como un lugar

(3) Subijana Zunzunegui. El acoso escolar: una lectura victimológica de la legislación penal (sustantiva y procesal) cuaderno de Derecho judicial 94/2006, CGPJ.

seguro para poder maximizar en sus alumnos la oportunidad de aprender, “en pleno proceso de formación emocional y de relación con sus semejantes”. Como expone la autora: “Trivializar y banalizar el acoso escolar no sólo es el mayor obstáculo para afrontarlo, sino que el aprendizaje de la indefensión y la adopción de un modelo de relación basado en la falta de respeto forman parte del mensaje que nuestros escolares reciben de una sociedad que los abandona a su suerte”(4).

3.2. Normativa nacional

La Constitución Española de 29 de diciembre de 1978, acoge la normativa internacional formando parte del Ordenamiento Jurídico interno los tratados internacionales ratificados por el Estado Español.

Pero específicamente tenemos que destacar el art 15 de la CE que afirma que: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”. También el art 10. reconoce: “la protección del derecho a la dignidad de la persona, derechos inviolables inherentes y el libre desarrollo de la personalidad”.

La tortura y los tratos inhumanos o degradantes son graduaciones de una misma conducta consistente en la humillación o degradación de la dignidad de la persona, tal y como ha venido a poner de manifiesto la Jurisprudencia del TEDH a la hora de interpretar el art. 3 de la Convención de Derechos Humanos de Roma de 4 de noviembre de 1950(5).

La LORPM 5/2000 de 12 de enero no regula tipos penales, es una norma de naturaleza eminentemente procesal que se aplicará a los menores mayores de 14 años y menores de 18 que hubieran cometido hechos constitutivos de delito conforme al Código Penal y las leyes penales especiales. Sí regula las medidas a imponer, las reglas de imposición y de ejecución. La LORPM se encuentra desarrollada por el Reglamento 1774/2004 de 30 de julio que desarrolla la Ley en orden a la ejecución de las medidas, la intervención de los equipos técnicos y el régimen disciplinario de los centros.

El Código Penal no regula específicamente el acoso escolar sino dentro de la figura del acoso, este se encuentra regulado en el Título VII Delitos contra la integridad moral en los artículos 171 a 177. Así se regula en acoso de forma genérica de tal suerte que se puede aplicar la normativa en los distintos ámbitos, como el laboral, educativo, etc.

El artículo 13 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor obliga a los docentes y responsables de centros educativos a prestar a todo alumno el auxilio inmediato que precise, comunicando a las autoridades las situaciones de riesgo que afecte a un menor.

El artículo 9 quáter, apartado 2, de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia regula entre los deberes de los menores los relativos al ámbito escolar en donde recoge la obligación de que: “Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso”.

Por último, la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, aunque,

(4) Oñate Cantero, A, Acoso y violencia escolar. Precisión terminológica e implicaciones jurídicas, Estudios de Derecho Judicial N° volumen: 94, pág. 2.

(5) SSTEDH caso Irlanda contra el Reino Unido de 18 de enero de 1978, caso *Campbell y Cosans* contra el Reino Unido de 25 de febrero, caso *Labzov* contra Rusia de 16 de junio de 2005.

no es una norma legal, pero nos permite conocer la posición de la Fiscalía General del Estado en algunas cuestiones que suscita el tratamiento legal del acoso escolar.

4. Tipo penal delito contra la integridad moral

Como ha puesto de manifiesto Subijana Zunzunegui el art. 173 del CP fue inicialmente fuertemente criticado por su ambigüedad y falta de taxatividad, pero también lo es que ha sido objeto de una interpretación precisa y perfilada por el Tribunal Supremo a lo largo de estos años.

El acoso escolar es incardinable dentro de la descripción típica del art. 173 que se encuentra incluido en el Título VII del CP, es decir, nos encontramos dentro de los delitos contra la integridad moral. La jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que la integridad moral comprende todas las facetas de la personalidad: la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano⁽⁶⁾.

El bien jurídico protegido por este tipo penal es la dignidad humana, y así, el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin ser humillada o vejada, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otra persona.

En lo que respecta a la estructura típica del delito entienden la doctrina y la jurisprudencia que estamos ante un delito de resultado, como hemos afirmado, en el que la conducta típica consistiría en infligir a otra persona un trato degradante. El dolo debe abarcar conocimiento y voluntad.

El resultado típico debe ser un menoscabo de la integridad moral, cuyo concepto ha sido perfectamente perfilado por el TEDH⁽⁷⁾, que liga el derecho a la integridad moral a la inviolabilidad o incolumidad de la persona humana, en consecuencia, el derecho a ser tratado como un ser humano libre por el mero hecho de serlo. En todo caso debe mediar entre la actividad típica y el resultado una relación de causalidad, y el resultado debe ser objetivamente imputable a la conducta típica.

En todo caso, lo que sí resulta claro, y así lo ha establecido ya la jurisprudencia, es que no se identifica ni se requiere la producción de una lesión psíquica que de darse sí integraría el tipo penal de las lesiones⁽⁸⁾.

El maltrato debe alcanzar un nivel mínimo de severidad. Debemos recordar que en Derecho Penal rige el principio de intervención mínima y de subsidiariedad, ese nivel mínimo de severidad depende de las circunstancias del caso, tales como duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y en algunos casos el sexo, edad y estado de salud de la víctima. En ciertos casos el hecho podrá tener su trascendencia en el ámbito educativo o administrativo frente a las autoridades académicas, pero ha de quedar fuera del ámbito penal. Así se ha pronunciado el TEDH a la hora de interpretar y aplicar el art. 3 del CEDH exigiendo un nivel mínimo de severidad en el concepto de tortura o trato inhumano o denigrante. En este sentido la Sentencia de 18 de enero de 1978 en el caso Irlanda contra Reino Unido establece que el concepto de malos tratos o tortura estipulado se refiere sólo a los casos que revisten una cierta gravedad, y que esta gravedad mínima ha de estimarse de acuerdo con las circunstancias del caso y de la víctima⁽⁹⁾.

La expresión “trato degradante” de acuerdo con el Tribunal Supremo⁽¹⁰⁾ presupone una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento

(6)

SSTS de la sala 2ª de 8 de mayo de 2002; 20 de julio de 2004; 22 de enero de 2015; 10 de febrero de 2015, entre otras.

(7)

STEDH n.º 2/1978, de 18 enero caso Irlanda contra el Reino Unido”, n.º 3/1978, de 25 abril, “caso Tyrer”, y n.º 1/1982, de 25 de febrero “caso Campbell y Cossans”, n.º 6/1980, de 6 noviembre de 1980, “caso Guzzardi”, n.º 13/1989, de 7 de julio “caso Soering”, n.º 27/1991, de 20 de marzo, “caso Cruz Varas y otros”, n.º 49/1991, de 30 de octubre “caso Vilvarajah”.

(8)

STS de la sala 2ª n.º 489/2003 de 2 de abril.

(9)

En igual sentido S.S.T.E.D.H. de 25 de febrero de 1982 caso *Campbell y Cosans* contra el Reino Unido); la de 2 de junio de 2005 caso *Novoselov* contra Rusia y 16 de junio de 2005 caso *Labzov* contra Rusia

(10)

STS de la sala 2ª n.º 819/2002, de 8 de mayo.

degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente de “ataque”. Mantiene Subijana Zunzunegui⁽¹¹⁾ que el trato degradante alude a todas aquellas situaciones que produzcan un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento, ante los demás o ante sí mismo, si bien, entendemos, que para que la conducta sea subsumible en el art.173 del CP es necesario un mínimo de severidad desde el punto de vista objetivo.

Entiende el Tribunal Supremo que cuando existe una multiplicidad de partícipes origina en el ánimo del agente una situación de desamparo que facilita la comisión delictiva y que debe tener adecuada respuesta en la concurrencia de la agravante de superioridad. Pero el abuso de superioridad no es inherente al delito, porque el mismo puede ser perfectamente cometido por una sola persona, no requiriendo participación colectiva alguna. En los supuestos en que los agresores conozcan perfectamente tal situación numérica y esta sea aprovechada para la comisión delictiva, minimizando que no anulando la defensa de la víctima, será de apreciar la citada agravante.

Sin embargo, en varias decisiones el Tribunal Supremo ha entendido apreciable el delito con respecto a actuaciones puntuales de particular intensidad en su ataque al bien jurídico, como en la STS n.º 819/2002, de 8 de mayo, la cual afirma: “siempre que en esa conducta única se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello”; también en las SSTs n.º 489/2003, de 2 de abril, y 5 de junio de 2003.

4.1. El ciberacoso

El acoso como el resto de las actuaciones humanas va evolucionando cómo evolucionan las costumbres, el ambiente, etc. Las formas de acoso de hoy son diferentes probablemente a las que se cometían en el pasado, aunque todas tengan en común el constituir un atentado contra la integridad moral. Esta evolución se observa claramente en todas las manifestaciones de la delincuencia juvenil. Nuestros menores cada vez permanecen menos tiempo en la calle y más tiempo en el uso de las nuevas tecnologías, por ello venimos observando un claro cambio en el tipo de delitos cometidos en la Jurisdicción de menores. Un claro ejemplo es el ciberacoso o *ciberbullying*.

Destaca la Cuerda Arnau⁽¹²⁾ que en Reino Unido es frecuente denominar “*happy slapping*” (golpeando felizmente o plácidamente sería una traducción aceptable) a las conductas, generalmente de menores, consistentes en filmar la agresión u hostigar físicamente a otro con la específica finalidad de difundir esas imágenes, en definitivas conocidas en España como *ciberbullying*. Destaca la autora que se trata de una terminología minoritaria entre nosotros y que efectivamente sus manifestaciones, se han producido en el contexto de una dinámica de acoso escolar, razón por la cual se puede considerar una modalidad más de acoso, sin perjuicio de que pudiera tener autonomía a efectos de recibir una calificación jurídica independiente. Como hemos puesto de manifiesto en este tipo de actos no solo se atenta contra la integridad moral, sino también, contra otros bienes jurídicos como la imagen o intimidad. Estaríamos en consecuencia, ante un concurso de delitos que debe resolverse conforme al art. 177 del CP.

Entendemos que, en realidad, es una modalidad mixta o una modalidad de acoso en que se utilizan las nuevas tecnologías surgida en los últimos años.

⁽¹¹⁾ Subijana Zunzunegui, ob cit.

⁽¹²⁾ Cuerda Arnau, ML Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital, Cuadernos Digitales de Formación N°30, 2013.

En esta modalidad los actos de acoso se registran a través de dispositivos móviles y seguidamente se cuelgan en internet en las redes sociales. Una vez captado por el dispositivo se transmiten rápidamente entre los menores (WhatsApp...), lo que definitivamente destruye a la víctima, que se ve pública y generalmente denigrada.

Cuerda Aranau⁽¹³⁾ afirma que el *ciberbullying* es un acoso moral entre jóvenes que tiene lugar con el empleo de las TIC. Entiende la autora que esta última es su única peculiaridad, pues por lo demás comparte las características definitorias y consecuencias jurídicas que se predicen del llamado “acoso escolar” o acoso entre menores, pues este adjetivo no se refiere tanto al entorno en que se produce cuanto al hecho de que tiene lugar entre “escolares”, esto es, entre menores. Afirma que por lo tanto, el *ciberbullying* participa de las notas definitorias del acoso. También el elenco de conductas es amplísimo y van desde las agresiones físicas que son colgadas en internet y rápidamente difundidas en la red, crear un perfil falso suplantando la identidad del acosado para enviar mensajes comprometedores o delictivos; entrar su e-mail enviando mensajes íntimos, ofensivos, pidiendo dinero; colgar en Internet imágenes, reales o ficticias, de la víctima, etc.

Debe tenerse en cuenta que, por las propias especialidades de Internet, cualquier dato o información vertidos a la red incrementa exponencialmente sus posibles conocedores, pero es que, además, deja una huella indeleble en el tiempo que permite que otros chacales del sufrimiento ajeno se unan al hostigamiento con posterioridad (p. ej. en un foro, en redes sociales como Facebook, Tuenti o Twitter).

Estos hechos atentan no solo atenta contra la integridad moral, sino también contra la intimidad o la imagen, según el art. 197 CP.

Existen pocas resoluciones sobre este tipo de acoso. Encontramos el Auto de la Audiencia de Madrid de 7 de junio de 2011, en el que se resuelve sobre la posibilidad de autorización judicial a fin de obtener el IP, pese a encontrarnos en presencia de un delito menos grave.

“Por lo tanto, aunque los delitos investigados no lleven aparejadas penas que tengan la consideración de graves, no podemos dejar de lado otras conductas que de otro modo sería imposible su persecución, puesto que muchos de los delitos producidos a través de la red requieren de una averiguación de las direcciones de IP”.

Más interesante resulta el Auto de la Audiencia Provincial de Santander de 25 de mayo de 2012, de esta resolución se desprende las notas características para poder apreciar que existe ciberacoso, afirma:

“El maltrato o acoso escolar, conocido popularmente en los medios de comunicación pero también en el ámbito de la sociología y la educación por el término anglosajón “bullying” (literalmente, intimidación o acoso, derivado del sustantivo “bully”, matón/a y del verbo “to bully”, meterse con alguien, intimidarle) -“ciberbullying” cuando se comete utilizando la informática e internet, también denominado “ciberacoso”- es un fenómeno frecuente en nuestros días y que en ocasiones pasa desapercibido, consistiendo en una acción reiterada a través de diferentes formas de acoso u hostigamiento hacia un alumno llevado a cabo por un compañero o, más frecuentemente, por

⁽¹³⁾
Cuerda Arnau, *ob cit.*

un grupo de compañeros, en el que la víctima se encuentra en una situación de inferioridad respecto al agresor o agresores, manifestándose no solo a través de peleas o agresiones físicas, sino que con frecuencia se nutre de un conjunto de intimidaciones de diferente índole que dejan al agredido sin respuesta, tales como intimidaciones verbales (insultos, motes, siembra de rumores), intimidaciones psicológicas (amenazas para provocar miedo o simplemente para obligar a la víctima a hacer cosas que no quiere ni debe hacer), agresiones físicas, tanto directas (peleas, palizas o simplemente “collejas”) como indirectas (destrizo de materiales personales, pequeños hurtos, etc.) y aislamiento social, bien impidiendo a él o la joven participar, bien ignorando su presencia y no contando con él en las actividades normales entre amigos o compañeros de clase.

O, más brevemente, podríamos afirmar que el “*bullying*” abarcaría un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos/as sobre otro/a, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral”.

4.2. El nuevo delito de stalking del art. 172 ter

La Ley 1/2015 de 30 de marzo de reforma del CP recoge un nuevo delito de acoso, castigando todas aquellas conductas que menoscaben gravemente la libertad y la seguridad de la víctima a la que se somete a una vigilancia constante, persecuciones u otros actos de hostigamiento.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, este nuevo delito está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de coartar la libertad de la víctima, (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

Se trata de un delito común, ya que el texto utiliza la expresión “el que”. Por tanto, puede cometerse por cualquier persona, en nuestro caso sería un menor de edad. De la misma manera, utiliza el término “persona” para referirse al sujeto pasivo del delito.

Alude Cuerda Arnau⁽¹⁴⁾ a *cyberstalking*, destacando que las notas que comúnmente definen al *bullying* y al *stalking* son distintas, pues, pese a la ambigüedad y dificultad definitoria que encierra esta nueva forma de denominar a algunos actos de hostigamiento, presenta rasgos que lo alejan de las conductas de acoso escolar.

Ahora bien, lo que se sanciona en el *stalking* es el acoso o acecho obsesivo, insistente, reiterado y no consentido a otra persona que perturbe gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. En el *cyberstalking* van desde llamar por teléfono, enviar cartas, correos electrónicos, vigilar y seguir a alguien a distancia, etc.

(12)
Véase: “Manifiesto Cluetrain”.
Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Manifiesto_Cluetrain

(13)
“También se han utilizado otros nombres para referirse a este grupo de la población, como Generación V (por virtual), Generación C (por comunidad o contenido), Generación Silenciosa, Generación de Internet o incluso Generación Google, cuyas características comunes que los definen son las tecnologías de la información y comunicación (TIC)” (Fernández-Cruz y Fernández-Díaz, 2016, 97).

(14)
Cuerda Arnau, ob cit, pág 4.

Requiere:

1. Existencia de actos de acoso de distinta naturaleza eso sí de forma continuada.
2. Falta de consentimiento de la víctima.
3. Que estos hechos provoquen una alteración grave en le vida cotidiana.
4. Comúnmente conocido como el delito de *stalking*.
5. Solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

La primera condena fue la del Juzgado de Instrucción número 3 de Tudela, Navarra, que dictó sentencia, de fecha 23 de marzo de 2016 condenando por un delito del art. 172 ter.

Siguiendo la resolución, las conductas que comprende el tipo penal serían:

1. La de vigilar, perseguir o buscar su cercanía física: entiende la resolución que incluirían conductas tanto de proximidad física como de simple observación a distancia y a través de dispositivos electrónicos como GPS y cámaras de video vigilancia.
2. También la de establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas. En consecuencia, incluye pues, tanto la tentativa de contacto el propio contacto consumado.
3. Así mismo, comprende el uso indebido de sus datos personales para la adquisición de productos o mercancías, el contrato de servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella: entrarían en este supuesto casos en que el sujeto activo publica un anuncio en Internet ofreciendo algún servicio que provoca que la víctima reciba múltiples llamadas.
4. Atentar contra su libertad o el patrimonio o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. No se especifica qué clase de atentado contra la libertad o patrimonio. Es decir, si se trata de los ya específicamente tipificados en el Código Penal, o bien si se incluyen también conductas no tipificadas como delito. Alguna parte de la doctrina defiende la inclusión de la amenaza de atentado a la libertad, y de la amenaza y atentado contra la vida y la integridad física. Pese a que estos ya se encuentran tipificados en el correspondiente delito de amenazas o coacciones, también lo están los correspondientes delitos contra el patrimonio y contra la libertad.

El bien jurídico infringido por el *stalking* es la libertad en general, pero también podría infringirse otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad. Las conductas de *stalking* afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima, en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico, e incluso de lugar de residencia y trabajo.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, se protege asimismo el bien jurídico de la seguridad. Esto es, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal. No obstante, sólo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible.

5. Concurso de delitos

Los delitos de acoso en general, y el acoso escolar en particular no suelen cometerse aisladamente, sino que suelen aparecer con una generalidad de conductas constitutivas de otros tipos penales, entre los que encontramos a modo ejemplificativo:

- a) Delito de lesiones (arts. 147 y ss del Código Penal).
- b) Delito de amenazas (arts. 169 a 171 del CP).
- c) Delito de coacciones (art. 172 del CP).
- d) Delitos de injurias y calumnias (arts. 205 a 210 del CP).
- e) Delito de agresiones o abusos sexuales (arts. 178 y ss del CP).
- f) Delito de homicidio doloso (art. 138 del CP).
- g) Delito de asesinato (art. 139 del Código Penal).
- h) Delito de homicidio imprudente (art. 142 del CP).
- i) Delito de inducción al suicidio (art. 143,1CP).

Cuando, además del atentado a la integridad moral penado en el art. 173.1, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, el art. 177 señala que se castigarán los hechos separadamente, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.

La finalidad de la regla concursal recogida en el art. 177 no es otra que configurar los delitos contra la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de otros delitos cometidos en el curso de los hechos como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor⁽¹⁵⁾.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo nº 1218/2004 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 2 de noviembre de 2004, al afirmar:

“No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP. configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que el art. 177 del CP. establece una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos. En consecuencia, es posible a imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.”

6. Ley orgánica de responsabilidad penal del menor (LORPM)

Como pone de manifiesto la exposición de motivos de la LORPM, esta es formalmente penal y materialmente sancionadora educativa. Estamos en presencia de un derecho de prevención especial, no de prevención general, lo que se persigue con las medidas del art. 7 de la LORPM no es tanto retributiva o de sanción, sino más bien de reinserción y resocialización del menor.

⁽¹⁵⁾ SSTS de la sala 2ª de 5 de junio de 2003, 2 de noviembre de 2004 y 22 de febrero y 30 de junio de 2005, entre otras.

La LORPM se encuentra fuertemente adaptada a la Convención de derechos del niño y acoge el modelo de la responsabilidad. Se convierte así a los menores mayores de 14 años y menores de 18 en responsable penal de los hechos que cometa y que sean constitutivo de un delito. Ahora bien, ello les convierte en titulares de derechos y garantías procesales. Pero a los menores no se les impone penas previstas para adultos, sino solo medidas específicas de contenido educativo para su reinserción y resocialización.

En cuanto al ámbito de aplicación de la LORPM, la misma se aplica a menores mayores de 14 y menores de 18 años que hubieran cometido hechos, acciones u omisiones, constitutivas de delito conforme al Código Penal y las Leyes penales especiales. España acoge el criterio bilógico puro por lo que solo se tiene en cuenta el aspecto cronológico de la edad.

Por lo tanto, cuando el autor del acoso sea un menor de 14 años, entonces no será de aplicación la Ley y el hecho será impune. Así el art. 3 de la Ley señala que cuando el Ministerio Fiscal esté conociendo de una causa y aparezca que el autor es menor de 13 años, entonces, solicitará el sobreseimiento del expediente y pondrá el hecho en conocimiento de la Entidad Pública de Menores por si hubiera que adoptar una medida respecto del menor pero ya desde el ámbito de protección al amparo de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor. Ahora bien, el hecho de que no exista responsabilidad penal no quiere decir que no exista una responsabilidad civil de los padres que se podrá reclamar ante la Jurisdicción civil conforme a los artículos 1902 y sig. del CC.

Por lo tanto, quedaran excluidos de la Jurisdicción de menor ante un hecho de acoso escolar:

1. Menores de 14 años. Sujetos a la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor.
2. Mayores de 18 años. Jurisdicción de adultos. Por la propia naturaleza del delito de acoso escolar este se da en el ámbito de menores en edad escolar.

6.1. Desistimiento, conciliación y reparación

Dada la naturaleza especial del proceso penal de menores nos tenemos que plantear varias cuestiones procesales en torno al mismo.

Las normas internacionales han establecido las bases del derecho penal juvenil, Así debemos destacar: Las Reglas Mínimas de ONU para la administración de Justicia de Menores de 20 noviembre 1985 y la Convención de 20 de noviembre 1989. Esta normativa internacional acoge el principio de intervención mínima, el principio de subsidiariedad y el principio de oportunidad. Estas normas entienden que el menor, aunque cometa un delito, no necesariamente tienen que pasar por un proceso penal y que en ocasiones pasar por un proceso penal es perjudicial para el menor. No debemos olvidar que lo que se pretende es el bienestar del menor.

Como expone Subijana Zunzunegui⁽¹⁶⁾ “el Derecho penal, en la tarea de evitación de las conductas violentas en el contexto educativo, constituye el último recurso en manos del Estado”.

Todo ello lleva a plantearon las siguientes cuestiones ante un delito de acoso escolar: ¿Puede no incoarse expediente de reforma? ¿Puede

⁽¹⁶⁾ Subijana Zunzunegui, El acoso escolar una lectura victimológica de la legislación penal, pág11.

acordarse la medición, conciliación y reparación? ¿Puede no incoarse expediente de reforma? ¿Puede acordarse la medición, conciliación y reparación?

La respuesta la encontramos en los artículos 18, 19 y 51,3 de la LORPM.

El artículo 18 prevé el desistimiento en la incoación del expediente de reforma. El precepto permite que el Ministerio Fiscal pueda desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas. En este caso debe darse traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores por si hubiera que adoptar una medida de protección prevista en la Ley 1/96 de 15 de enero de protección jurídica del menor.

La Instrucción de la Fiscalía1/2005 sobre el acoso escolar, tras recomendar prescindir de la persecución penal en casos leves de acoso escolar, ahora bien, indica que “incluso las denuncias que hagan referencia a hechos en principio leves, si se cometen con la nota de habitualidad o reiteración en el tiempo, deben dar lugar como regla general a la incoación de un expediente”.

Compartimos este criterio, pues, aunque el delito del art 173 del CP exige una severidad mínima, pueden existir conductas que, ante la habitualidad y reiteración, impidan la aplicación del art 18 de la LORPM, entendemos que la reiteración de hechos, demuestra la existencia de déficits y problemas en el menor y hace necesaria una intervención educativa y, en consecuencia, la incoación de expediente de Reforma.

El art. 19 LORPM recoge la conciliación, la reparación o la realización de una tarea socioeducativa a cuyo favor hubiera informado el Equipo Técnico. Por lo tanto, distinguimos entre:

- a. La conciliación, se entiende producida “cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas”.
- b. La reparación, consiste en “el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva”.
- c. La realización de tareas socioeducativas a cuyo favor hubieran informado los Equipos Técnicos.

Tenemos que tener en cuenta que, aunque la LORPM alude a la conciliación y reparación, el Reglamento que desarrolla la LORPM habla de mediación como concepto sinónimo a aquellas.

La conciliación consiste en que el menor pide disculpas a la víctima y estas son aceptadas por ella. En la reparación, además, se compromete a realizar una determinada actividad en favor de la víctima o de un tercero, seguida de su realización efectiva. También el menor puede realizar una determinada actividad socioeducativa a cuyo favor hubiera informado el Equipo Técnico.

Todas ellas ponen fin al expediente ya iniciado, por lo tanto, el Ministerio Fiscal lo pondrá en conocimiento del Juez de menores a fin de proceder al sobreseimiento del expediente de reforma.

Para su aplicación es necesario que se trate de un delito menos grave, es decir con violencia o intimidación no grave, por lo tanto, el precepto es plenamente aplicable a los delitos de acoso escolar cuando este no se presente con violencia o intimidación grave.

El legislador también prevé la conciliación durante la ejecución de la medida en el art. 51,3 de la LORPM, permitiendo que también en esta fase procesal se produzca la conciliación del menor con la víctima. Así el Juez podrá dejar sin efecto la medida impuesta en cualquier momento de su cumplimiento, si el juez lo estima que el tiempo cumplido de medida es suficiente reproche. De esta forma establece el precepto que:

“La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere al art. 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez así lo acuerde, a propuesta del Ministerio fiscal o del Letrado del menor y oídos el Equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores”.

En este caso la conciliación corresponderá llevarla a cabo a la Entidad Pública de Reforma. No prevé la aplicación limitación alguna en cuando al delito o en cuanto a la medida. No obstante, entendemos, que en todo caso se deberán respetar los periodos de seguridad impuestos por el legislador para el cumplimiento de la medida en determinados delitos y que impiden su modificación⁽¹⁷⁾.

6.2. Medidas cautelares

La siguiente cuestión que debemos plantearnos a la vista de las especialidades de la LORPM es si: ¿Se pueden adoptar medidas cautelares en el delito de acoso escolar? ¿Se pueden adoptar medidas cautelares de internamiento?

A tal respecto tenemos que tener en cuenta que las medidas cautelares vienen reguladas en el art. 28 de la LORPM. De acuerdo con el precepto para su adopción es necesario la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo o riesgo de que el menor eluda u obstruya la acción de la justicia o atente contra los bienes jurídicos de la víctima. Concurriendo estos requisitos el Juez de menores adoptará la medida en medio abierto, estas solo será la libertad vigilada, la prohibición de acercamiento o comunicación y la convivencia con otra persona familia o grupo educativo. Estas medidas se celebran en trámite escrito.

Para las medidas de internamiento se tendrá en cuenta la gravedad del hecho, las circunstancias personales del menor en especial el riesgo de fuga y el hecho de haber cometido hechos anteriores de análogas características. En este caso se celebrará una comparecencia a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, oídos el letrado del menor y el representante del Equipo Técnico y la entidad pública de reforma. La duración será de hasta 6 meses prorrogables a instancia del Ministerio Fiscal por otros tres meses como máximo.

6.3. Prueba pericial

La Instrucción de la Fiscalía 10/2005 considera especialmente recomendable en los casos de acoso escolar acordar como diligencia instructora la prueba pericial psicológica de la víctima. Que consiste en el examen pericial de la víctima a efectos de su evaluación psicológica, por entender que “podrá” ser un indicio del acoso el representado por el hecho base de que el menor haya sufrido:

⁽¹⁷⁾ Periodos de seguridad en que las medidas no pueden ser modificadas conforme a los art.13 y 51 de la LORPM. Estos se introducen en el art9 y 10 de la LORPM con la reforma 8/2006 de 4 de diciembre

1. Modificaciones de carácter;
2. Brusco descenso en el rendimiento escolar;
3. Abandono de aficiones;
4. Depresión;
5. Negativa a asistir al centro escolar.

Consideramos que, aunque inicialmente puede constituir un indicio a la hora de incoar expediente, no obstante, estos hechos pueden tener explicaciones alternativas, por lo que habrá de tratarse de excluir otras posibilidades. Entendemos que puede ser de ayuda a efectos de acreditar la existencia de un delito de acoso escolar, pero por sí sola no tiene entidad suficiente para sustentar una condena, salvo que venga avalada o corroborada por otras pruebas en el acto de juicio oral.

6.4. Proceso penal de menores. especialidades

La LORPM regula un procedimiento basado en los principios de flexibilidad, agilidad, publicidad restringida de las actuaciones procesales, intervención de los Equipos técnicos y utilización de un lenguaje comprensible para el menor.

El procedimiento consta de dos partes bien diferenciadas la fase de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal y la fase de audiencia o juicio a cargo del juez de menores.

El procedimiento penal de menores es el único procedimiento en España en que la instrucción corresponde al Ministerio Fiscal, pero el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional conforme al art. 120 de la CE por lo que no puede acordar diligencias restrictivas de derechos fundamentales ni medidas cautelares, las cuales conforme al art. 23,3 de la LORPM corresponden al Juez de Menores. Así el art. 2 del Reglamento que desarrolla la LORPM 1774/20004 de 30 de julio salvo la detención el resto de diligencias restrictivas de derechos fundamentales deberán ser solicitadas por la policía al Ministerio Fiscal, para que por su conducto sean solicitados al Juez de menores.

En la fase de juicio las especialidades se centran en cuanto a la protección de víctima del acoso escolar, generalmente menores de edad.

La reforma 4/2015 de 27 de abril que traspone en la LECrim la directiva 2012/29 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal y recoge una serie de especialidades para la protección de la víctima menor de edad.

Estas son de aplicación al proceso penal de menores conforme a la disposición final 1º de la LORPM. Especialmente encontramos los artículos 433, 448 y 701 bis en la LECrim.

El art. 433 de LECrim afirma que en los supuestos de los testigos víctimas menores de edad, en atención a su falta de madurez o cuando resulte necesario para evitarles los graves perjuicios de la victimización secundaria, podrá acordarse que se les tome declaración mediante la intervención de expertos. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la

víctima, siempre que ello resulte posible. El juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

También los artículos 448 y 707 LECrim señalan en dos momentos procesales diferentes, la instrucción o la fase de juicio oral, que la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Tenemos que poner de manifiesto que el legislador al trasponer la Directiva 2012/29 proclama una serie de derechos, pero estos deben ser atemperados con los derechos y garantías procesales del menor expedientado. En concreto respecto al procedimiento previsto en el art 433 de la LECrim, la Jurisprudencia del TEDH⁽¹⁸⁾ ha exigido para ser respetuoso con el derecho a un proceso justo y equitativo artículo 6.3 d) CEDH deberán respetarse los derechos del inculpado:

1. Debe ser informado de que se va a oír a la víctima menor de edad.
2. Debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual.
3. Debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior.

Si la inculpación es posterior se le da a conocer la existencia de la exploración,

4. Acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual.
5. Tener la posibilidad procesal de cuestionarla, ya sea en fase de investigación o en el juicio oral.
6. Poder pedir una ampliación sobre aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados.

Lo que se pretende en el art. 433 de la LECrim es tomar una sola declaración a la víctima grabarla y reproducirla en el acto de juicio oral, de tal suerte que pese al art. 741 de la LECrim que exige la práctica de las pruebas en el acto del juicio, permita sustentar una posible sentencia condenatoria. Con ello busca evitar la victimización secundaria y el olvido del hecho frecuente en estas edades. Pero es una prueba excepcional y requiere estar dotada de garantías que contrarresten una posible vulneración del derecho a la defensa. La naturaleza y finalidad de este procedimiento viene recogido en la famosa sentencia de 16 de junio de 2005 del Tribunal de Justicia de la UE conocido como caso *Pupino* en el que se acusaba a una maestra de escuela de haber maltratado a niños menores de seis años en el momento de suceder los hechos, el Tribunal de Justicia de la UE señala que los Estados miembros de la UE deben establecer mecanismos para que las víctimas vulnerables puedan prestar declaración protegiendo su seguridad.

(18)
STEDH caso P.S. contra Alemania 26 de marzo 1996; S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002; STEDH caso AM contra Italia 14 de diciembre 1999; STEDH caso A.S. contra Finlandia 28 de septiembre de 2010.

7. Las medidas del artículo 7 de la LORPM

Una de las especialidades previstas en la LORPM es que a los menores sólo se les puede imponer las medidas específicamente reguladas en el art.7 de la LORPM,

medidas de contenido educativo y no penas previstas para adultos, por ello nos preguntamos: ¿Qué medidas se pueden imponer a los menores responsables de un delito de acoso escolar? ¿Se pueden imponer medidas de internamiento? ¿Se pueden interponer medidas de internamiento en régimen cerrado?

Para dar respuesta a estas preguntas tenemos que acudir a las reglas de imposición de medidas reguladas en los arts. 9 y 10 de la LORPM.

A continuación, abordamos ambos preceptos que regulan las reglas de duración de las medidas dado que las medidas y su duración no solo tienen en cuenta el hecho cometido y su gravedad, sino también la edad del menor al establecer la LORPM franjas sancionadoras de edad y sus circunstancias personales familiares y sociales.

7.1. Regla general de duración de las medidas

En cuanto a la duración de las medidas la LORPM como regla general establece que la medida no podrá exceder de dos años. La prestación en beneficio de la comunidad no podrá superar las 100 horas. La permanencia de fin de semana no podrá superar las 8 permanencias. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado. Pero esta regla general tiene importantes modificaciones.

Así, solo se impondrán medidas de internamiento en régimen cerrado cuando los hechos sean:

1. Los tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.
2. Siendo tipificados como delitos menos graves sean cometidos con violencia o intimidación en las personas o se pongan en grave riesgo la vida o integridad física de las mismas. A este supuesto respondería el delito de acoso escolar que en la mayor parte de los supuestos se devuelve con actos de violencia e intimidación en las personas.
3. Siendo tipificados como delitos menos graves se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio.

En estos supuestos:

Si el menor tuviera 14 o 15 años tendrían una duración de 3 años, las prestaciones de servicio en beneficio de la comunidad de hasta 150 horas de prestaciones de servicios y las permanencias de fines de semana en cetro podrían llegar hasta 12.

Si el menor tuviera 16 o 17 años las medidas tendrían una duración de hasta 6 años, las prestaciones de servicio en beneficio de la comunidad de hasta 200 horas y las permanencias de fines de semana en cetro podrían llegar hasta 16.

En esta última franja de 16 o 17 años si el hecho reviste extrema gravedad y se entiende que reviste extrema gravedad cuando existe reincidencia la medida será necesariamente de internamiento en cerrado de 1 a 6 años seguido de una Libertad Vigilada de hasta 5 años. Solo podrá ser modificada si ha transcurrido 1 año de la duración de la medida de internamiento impuesta.

En consecuencia, no siendo el delito de acoso del art. 173 un delito grave conforme al CP, cuando el delito de acoso escolar se desenvuelva con violencia o intimidación en las personas o se ponga en riesgo la vida o

integridad física de las mismas se puede acordar la medida de internamiento en régimen cerrado. De acuerdo con el precepto sería igualmente aplicable cuando la actuación fuera grupal, si bien esta previsión tiene escasa acogida desde la jurisdicción de menores, dado que olvida el legislador que la delincuencia juvenil por naturaleza es una delincuencia grupal. Así Oñate Cantero destaca que el delito de acoso suele ser un delito de naturaleza grupal⁽¹⁹⁾. Lo cierto es que no suele ser apreciado jurisprudencialmente dado que esta circunstancia ya está prevista como agravante y como elemento del tipo en muchos delitos. En consecuencia, no puede ser considerado el menor de peor condición que el adulto, por ello no se aplica en la práctica.

7. 2. Medidas de internamiento

En el delito de acoso escolar, en consecuencia, cabe la posibilidad de acordar un internamiento incluso en régimen cerrado. Si el menor tiene 16 o 17 años y los hechos revisten extrema gravedad por existir reincidencia entonces la medida a imponer será necesariamente un internamiento en cerrado de 1 a 6 años seguido de una L-V hasta 5 años. Solo podrá modificar la medida una vez transcurrido un año de la duración de la medida de internamiento impuesta.

No obstante, hay que recordar que conforme al art. 37 de la Convención de Derechos del niño y a las Regla 14 de las Reglas Mínimas ONU para la administración de justicia de menores las medidas privativas de libertad solo podrán ser acordadas como último recurso y por el tiempo mínimo imprescindible.

Cuando además en los hechos cometidos se incurre también en un delito con pena superior a 15 años en el CP; de homicidio del art. 139 del CP; de asesinato del art. 138; una agresión sexual del art. 179 CP; la agresión sexual agravada del art.180 del CP, produciéndose un concurso entre el delito de acoso y alguno de los enumerados, la medida será necesariamente un internamiento en régimen cerrado cualquiera que sea su edad.

Entonces la duración será:

- a) Si el menor tiene 14 o 15 años de edad, la medida a imponer necesariamente será una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 5 años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta 3 años.
- b) 16 o 17 años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 8 años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta 5 años. Solo podrá ser modificada la medida trascurrida la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

En definitiva, cuando el acoso escolar se cometa con delitos gravísimos como homicidio, asesinato, agresión sexual la medida necesariamente será un internamiento en régimen cerrado. Lo mismo sucederá cuando el menor tenga 16 o 17 años y el hecho revista extrema gravedad al existir reincidencia.

7.3. Prohibición de acercamiento y comunicación

El abanico de medidas recogidas en el art. 7 de la LORPM es muy amplio, así encontramos: el tratamiento ambulatorio; la asistencia a centro de día; la libertad vigilada; la prohibición de aproximarse o comunicarse con

⁽¹⁹⁾

Oñate Cantero A, ob cit, pág. 2.

la víctima; la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; las prestaciones en beneficio de la comunidad; la realización de tareas socioeducativas; la amonestación; la prohibición de acercamiento. Pero de todas ellas las medidas más utilizadas son la libertad vigilada y la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima, su familia y persona que el juez designe, o de comunicarse con ella telefónica, telemáticamente o de cualquier otra forma oral visual o escrita. Por eso nos centraremos en estas dos medidas, sin perjuicio, de que se puedan poner cualesquiera otras de las enumeradas en el art. 7 de la LORPM.

La prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima se introduce en el elenco de medidas del art. 7 de la Ley con la reforma 8/2006 de 4 de diciembre, pero el legislador no distingue entre medidas principales y accesorias en dicho precepto, como si sucede en derecho penal de adultos.

Es una medida mero-asegurativa, es decir, no tiene contenido educativo. No obstante, el legislador en el art. 7 de la LORPM permite imponer una o varias medidas con independencia que sean uno o varios hechos. Lo habitual es imponer junto con esta medida otra de contenido educativo.

El legislador no prevé el control electrónico, por lo que no es posible el control electrónico como en derecho penal de adultos, dado que las restricciones de derechos deben ser objeto siempre de interpretación restrictiva. Esta falta de previsión no responde a un olvido del legislador, por el contrario se evita dado que podría estigmatizar al menor y afectar a la confidencialidad.

Cuando se acuerde la medida y el menor expedientado y la víctima acudan al mismo centro escolar, se produce un conflicto de intereses entre su derecho a la educación y el cumplimiento de la medida, esto puede suponer el que el menor expedientado tenga que abandonar el centro educativo a fin de cumplir la distancia establecida por el Juez de Menores. En este caso prevalece necesariamente la protección de los derechos de la víctima, en especial su seguridad, por lo que el menor expedientado deberá ser trasladado de centro escolar.

7.4. Libertad vigilada

La medida de libertad vigilada es una de las más frecuentemente impuestas en la práctica por los Juzgados de Menores, supone un seguimiento que realiza el Juez a los menores permite imponer reglas de conducta: 1.^ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello. 2.^ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares. 3.^ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos. 4.^ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa. 5.^ª Obligación de residir en un lugar determinado. 6.^ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. 7.^ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado.

En consecuencia, es una medida con contenido en blanco por lo que permite abordar los déficits que presenta el menor en los distintos ámbitos. También

permite la adopción de reglas de conductas entre las que encontramos someter al menor a programas especializados, por lo tanto, permite adoptar reglas de conducta prevista y cualesquiera otras encaminadas a la reinserción y reeducación del menor infractor, reglas de conducta que le permitan interiorizar el hecho para no volverlo a cometer. En especial programas educativos que aborden el respeto a los otros alumnos, a la diversidad, la empatía, el control de impulsos, etc.

8. Responsabilidad civil

El legislador acoge en el art. 61,3 de la LORPM la responsabilidad civil solidaria de los padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho por este orden. El sistema diseñado por el legislador cumple una doble finalidad: En primer lugar, dar mayor protección a las víctimas al liberarlas de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndolas también frente a la frecuente insolvencia de los menores, al ampliar el círculo de los responsables solidarios con él. En segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la trasgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos.

8.1. Naturaleza de la responsabilidad civil en la LORPM

El sistema recogido en el art. 61.3 de la LORPM es calificado en la exposición de motivos como revolucionario. Desconozco si es o no revolucionario, lo que está claro es que se aparta de la responsabilidad civil prevista en el Código Civil y en el Código Penal. Estamos en presencia de una responsabilidad objetiva basada en la imputación objetiva y ajena a toda idea de culpa o negligencia. Los enumerados en el art. 61,3 de la LORPM responden, aunque hubieran actuado con la diligencia debida. Solo se podrá moderar cuando acredite que no ha favorecido la conducta del menor, pero no excluir.

Nos debemos plantear si los centros docentes se encuentran o no incluidos dentro del art. 61.3 de la LORPM. También si es o no compatible con la de los padres o no.

El art. 61,3 ha sido objeto de muchas interpretaciones en relación con la expresión “por este orden”. Una postura inicial mantenía una interpretación literal del supuesto(20), entienden que el precepto establece un sistema de responsabilidad civil solidaria de carácter objetivo de forma sucesiva y excluyente, a las personas y en el orden enumerado por el art. 61.3 de la LO 5/2000. Mantienen una interpretación literal afirmando que la enumeración recogida en el art. 61,3 de la LORPM es exclusiva y excluyente, desde esta perspectiva respondería en primer término los padres, solo a falta de estos los tutores, y así sucesivamente. Pero esta interpretación se encuentra en la actualidad superada y no es compatible con la enumeración del artículo, dado que pueden concurrir más de uno de los enumerados en el citado precepto. Ello dio lugar a una segunda posición que mantiene la posición acumulativa según la cual pueden concurrir uno o varios de los enumerados en el precepto. A su vez se desdobra en dos corrientes, la acumulativa solidaria(21) en la que todos los responsables están en el mismo plano de igualdad, la subsidiaria(22) conforme la cual responderá el primero, si es insolvente el segundo y así sucesivamente. Una tercera postura ecléctica que entiende que hay que ir a quien desarrolle las efectivas funciones tuitivas respecto del menor(23).

(20)
SAP Lleida sección 1ª, nº 187/2015 de 13 mayo 2015, Rec. 10/2015; Las Palmas de Gran Canaria sec 1ª nº 213/2013 de 26 noviembre 2013, Rec. 672/2013.

(21)
SAP de Cantabria de 23 de diciembre de 2003; SAP de la Rioja de 8 de enero de 2015.

(22)
SAP de las Palmas, sec2ª de 15 de noviembre de 2013.

(23)
SAP de Álava, sec1ª, nº46/09 13 de febrero de 2009.

Aunque no existe pronunciamiento del Tribunal Supremo, dado el difícil acceso casacional, la mayor parte de la jurisprudencia se mantiene a favor de dos interpretaciones, de un lado la acumulativa solidaria según la cual podrían concurrir varios de los enumerados en el art. 61,3 de la LORPM, entre ellos los padres y el centro docente. De otro lado, la ecléctica, material, lógica y sistemática, que considera que debe atenderse a las efectivas facultades que los diversos responsables tengan atribuidas sobre el menor en el momento de acaecer los hechos que determinen su responsabilidad, facultades que se corresponden con los consiguientes deberes jurídicos de educación y de control o vigilancia del menor, pudiendo recaer solo en el centro escolar⁽²⁴⁾.

La Instrucción FGE 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil la considera incluida, al afirmar:

“A estos efectos puede fundamentarse la petición en la figura del guardador del art. 61.3 de la LORPM, en la que puede incluirse también al centro docente, por ser quien en esos momentos está ejerciendo funciones de guarda.

También cabrá anclar la reclamación dirigida contra el centro educativo en el art. 1903.5 CC, pues no debe, a este respecto, olvidarse la cláusula general de supletoriedad contenida en el artículo 4.3 del Título Preliminar del Código Civil. Si para fundamentar la responsabilidad de los centros docentes ha de acudir al Código Civil habrán de tenerse muy presentes los criterios de interpretación que al respecto viene manteniendo la Sala Civil del Tribunal Supremo”⁽²⁵⁾.

Por lo tanto ambas son válidas o bien se incluye a los centros docentes dentro de concepto de guardadores de hecho del art. 61.3 de la LORPM, o bien, responderán de forma subsidiaria por aplicación de la disposición final primera en relación con el art. 120 CP.

Los centros docentes suelen celebrar contratos de seguros con compañías aseguradoras a fin de garantizar los riesgos que surjan en relación con la responsabilidad civil derivada de la actividad desarrollada. Con ocasión de esta garantía suelen surgir problemas en orden a la legitimación activa y pasiva de dichas compañías aseguradoras.

También estarán legitimadas activamente las Compañías de Seguros que hubieran indemnizado a los perjudicados hasta el límite de la indemnización, de conformidad con art. 64 de la LORPM en el ejercicio de la acción subrogatoria del art. 43 de la Ley de 8 de octubre de 1980.

A su vez, el art. 63 LORPM recoge una regla de responsabilidad civil directa de los aseguradores hasta el límite contratado, según la cual: “los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda”. Acción de repetición prevista en el art. 76 de la Ley de contrato de seguro de 8 de octubre de 1980.

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que la solidaridad propia de las acciones de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC excluye el litis consorcio pasivo necesario, siendo la responsabilidad civil

⁽²⁴⁾ SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec2º 9-10-2007, nº645/2007, de Guipúzcoa, Sección 1ª, Sentencia 43/2009 de 10 Feb. 2009, Rec. 1029/208.

⁽²⁵⁾ SSTS (Sala de lo Civil), de 21 noviembre 1990, núm. 524/1993, de 20 mayo, núm. 210/1997, de 10 marzo núm. 178/1999, de 8 marzo, núm. 349/2000, de 10 abril y núm. 1266/2001, de 28 diciembre”.

solidaria, el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de los que considere responsables del evento(26).

Por lo que no se da un litisconsorcio pasivo necesario en los vínculos de solidaridad que se producen entre los varios causantes de un hecho dañoso y sus respectivas entidades aseguradoras, ya que en materia de culpa extracontractual la situación de litisconsorcio pasivo necesario no resulta forzosa, porque la responsabilidad de los art. 1.902 y 1.903 del CC es solidaria, Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 19 de Enero de 1.988 , 24 de Marzo de 1.988 , 24 de Junio de 1.992 , 19 de Diciembre de 1.995 , entre otras muchas(27).

La legitimación para ejercitar la acción civil en el seno del procedimiento de menores solo la ostentan el Ministerio Fiscal, los perjudicados y las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, y carecen de ella las personas contra las que se dirija la acción civil, de modo que no pueden traer al proceso a otros posibles responsables civiles. En definitiva, en el proceso penal de menores no puede el responsable civil traer al proceso a otras personas.

Por lo tanto, la existencia de un contrato de seguro no exime a responsable civil de la responsabilidad, añadiendo que la acción directa que el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 confiere al perjudicado y sus herederos es de ejercicio facultativo por parte de aquéllos, y que ello no impide que los declarados responsables civiles en un proceso civil o penal puedan en virtud del contrato de seguro, ejercitar el derecho de repetición contra la entidad aseguradora, de acuerdo con el art. 1144 del CC(28).

8.2. La moderación y sus características

La segunda cuestión que debe ser abordada en torno a la responsabilidad civil prevista en el precepto es la moderación. Debemos destacar que la moderación por su propia naturaleza no es apreciable de oficio, ni al alza ni a la baja, sino que es de justicia rogada, por lo que tiene que ser alegada e invocada por los responsables civiles. La carga de la prueba recae en quien la invoca, es decir por los enumerados en el art. 61,3 de la LORM(29). Es de carácter discrecional por Jueces y Tribunales, ahora bien, se acceda o no a la moderación, cualquiera que sea la decisión ha de ser motivada de conformidad con el art 120 CE y 438,3 de la LOPJ. La moderación como excepción a la regla general debe ser interpretada restrictivamente por jueces y tribunales.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, SEC. 5ª, S 20-6-2008 señala que: “En cuanto a los criterios para determinar el concreto porcentaje de moderación, se ha de estar al caso concreto, pero ha de tenerse en cuenta que la regla general ha de ser la no moderación o la no rebaja en absoluto, dada la dicción legal, de la que resulta la excepcionalidad de la moderación”.

(26)

En este sentido SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, Sentencia 388/2012 de 31 octubre de 2012, Rec. 13/2012

(27)

SAP de Las Palmas, Sección 1ª, 213/2013 de 26 noviembre de 2013, Rec. 672/2013.

(28)

SAP de Cádiz, Sección 4ª, 221/2012 de 29 junio de 2012, Rec. 26/2012.

(29)

En este sentido SAP Asturias núm. 145/2003 (Sección 2ª), de 22 mayo.

8.3. Favorecer la conducta del menor; empleo de la diligencia debida

La jurisprudencia menor fundamenta la facultad de moderación en los esfuerzos desplegados por los progenitores para socializar adecuadamente a sus hijos. En definitiva, se fundamenta en la “buena gestión del proceso educativo del hijo”. Se discute si la moderación debe basarse en un juicio genérico a la gestión educativa, o por el contrario debe apoyarse en circunstancias concretas directamente relacionadas con el supuesto litigioso que de un modo especial aconsejen una atenuación de la responsabilidad.

Pues bien, esta última es la posición mayoritaria al fundamentarse en la mayor parte de los casos en las circunstancias personales, familiares y sociales del menor. Quien informa sobre esa gestión suelen ser los Equipos Técnicos en su informe, por eso en la mayor parte de las sentencias la jurisprudencia se basa en ellos.

9. Responsabilidad civil cuando los hechos son cometidos por menores de 14 años

Cuando los hechos sean cometidos por un menor de 14 años queda exento de responsabilidad penal conforme a la LORPM, ahora bien, ello no quiere decir que no surja la responsabilidad civil de los padres del menor art. 1903,2 CC.

De acuerdo con el precepto los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo “su guarda”. La obligación de responder corresponde a ambos progenitores siempre que los dos tengan la guarda del menor. El fundamento de la responsabilidad de los padres se encuentra en una presunción iuris tantum de culpa “in vigilando” o “in educando”. Pero se trata de una responsabilidad extracontractual cuasiobjetiva, los padres quedan liberados cuando acrediten que han obrado con la diligencia de un buen padre de familia. Existe una inversión de la carga de la prueba a favor del perjudicado, recae así la carga de la prueba en los padres. Por lo tanto, de naturaleza distinta a la del art61,3 de la LORPM.

Los requisitos para que prospere:

1. La existencia de un daño.
2. Una acción u omisión en la que intervenga cualquier tipo de culpa o negligencia.
3. Una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño ocasionado.

Estamos en presencia de una responsabilidad cuasi objetiva, por lo tanto, produce una inversión de la carga de la prueba, pero puede el responsable quedar liberado si acredita que actuó con la diligencia debida. Debe ser los padres, en consecuencia, quien acredite que actuó con la “diligencia debida” o de un “buen padre de familia”.

En igual sentido cuando los hechos son cometidos por un menor de 14 años dentro de un centro docente y en horario escolar responde el centro docente. Así el art. 1903,6 CC señala que las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

Esta responsabilidad se encuentra vinculada a la obligación que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor impone en el art. 13: la obligación a toda persona o autoridad de comunicar a la autoridad o sus agentes las situaciones de riesgo que puedan afectar a un menor sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. Esta obligación tiene su fundamento, a su vez, en el art. 3,3 de la Convención de Derechos del niño que proclama que los Estados miembros se aseguraran que las autoridades, instituciones y personal encargados del cuidado y educación de los niños garanticen su seguridad y lleven a cabo una supervisión adecuada.

Por lo tanto, los centros docentes privados responden cuando los hechos sucedan en sus dependencias y en horario escolar. Pero también se extiende esta responsabilidad a otros supuestos como son al periodo del transporte escolar, las actividades extraescolares, las vistas culturales o los viajes de fin de curso.

También en este caso estamos en presencia de una responsabilidad civil cuasiobjetiva. Esta, como hemos expuesto, exige culpa o negligencia. Se produce una inversión de la carga de la prueba a cargo de los centros que desarrollan una actividad en principio susceptible de producir daño. No habrá responsabilidad cuando las personas mencionadas en el precepto acrediten que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Cuando se trata de un centro público, sin embargo, entran en juego el art. 139 y ss. de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que regula la responsabilidad por el funcionamiento del servicio público docente no universitario.

Son muchas dudas, en ocasiones, las que puede suscitar la jurisdicción competente, pero ante la duda sobre si la jurisdicción competente es administrativa o civil, tenemos que entender que prevalece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando nos encontremos ante un centro público(30), cualquiera que se la persona física a las que también se dirijan.

10. Non bis in idem

Los problemas que se pueden suscitar en el entorno escolar, al concurrir junto con una normativa administrativa otras de orden penal, es el poder incurrir en que la prohibición de que un solo hecho pueda ser doblemente sancionado. En los supuestos de acoso escolar puede ocurrir que el menor expedientado haya cumplido una sanción en el ámbito escolar o educativo y posteriormente se incoe expediente de reforma en la Jurisdicción de menores por el Ministerio Fiscal y tras la instrucción del expediente y la celebración del juicio pueda ser objeto de una medida de las recogidas en el art. 7 de la LORPM. Este problema debe ser resuelto desde la óptica de la triple identidad. A tal respecto debemos recordar que conforme a la jurisprudencia más reciente la prohibición de duplicidad de sanciones administrativa y penal sólo se dará cuando concurra una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, entendida, esta última, como identidad de interés protegido(31). Desde esta perspectiva no es suficiente la mera dualidad de normas sobre un mismo supuesto de hecho en el ámbito escolar y en el ámbito penal.

A mayor abundamiento incluso cuando la conducta enjuiciada haya sido ya objeto de sanción disciplinaria en el ámbito escolar, no está excluida su persecución y sanción penal. En este sentido el Tribunal Constitucional mediante sentencia dictada por el Pleno nº 2/2003, de 16 de enero mantiene la compatibilidad. Esta sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial anterior y permite la imposición de una sanción en vía penal, cuando en su duración se tienen en cuenta la primera sanción administrativa impuesta.

(30)

STS de la sala 3ª de 14 de marzo de 2002.

(31)

STC nº 2/1981 de 30 de enero y STS nº 234/1991, de 10 de diciembre.

Referencias bibliográficas

De la Cuerda Arnau, MI (2013): "Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital", *Cuadernos Digitales de Formación* Nº30, 2013.

García Esteban, MD (2015): "Cuestiones problemáticas en alguna tipología de delitos cometidos por menores (violencia de género, violencia doméstica, acoso escolar y delitos contra la libertad e indemnidad sexual)", *Encuentro de jueces de menores*, CGPJ, MADRID.

Oñate Cantero, A (2006): "Acoso y violencia escolar. Precisión terminológica e implicaciones jurídicas", en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial N°:94.

Sanchez García, Ma. (2007): "Violencia en la escuela: tratamiento penal del acoso escolar desde el sistema del Derecho penal de menores", en *Los derechos fundamentales en la educación*, CGPJ, Madrid.

Subijana Zunzunegui, IJ. (2006): "El acoso escolar una lectura victimológica de la legislación", en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, CGPJ, Madrid.