



Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

Una aproximación al análisis y al estudio del
acoso escolar

Curso académico 2016/2017

ELENI MURRU

Tutora:

Paloma Arrabal Platero

Índice de contenidos

I.	Concepto de acoso	8	
II.	Tipos de acoso		
	2.1 Según el ámbito en el cual se realiza	20	
	2.2 Según los resultados conseguidos	23	
III.	El acoso escolar o bullying		
	3.1 Concepto de acoso escolar	25	
	3.2 Tipologías de acoso escolar	29	
	3.3 La normativa sobre acoso escolar	31	
	3.4 El ciberbullying	39	
	3.5 La responsabilidad penal y civil en los supuestos de bullying y de ciberbullying	47	
	3.5.1 Responsabilidad para conductas de bullying y ciberbullying realizadas por menores de 14 años	47	
	3.5.2 Responsabilidad para conductas de bullying y ciberbullying realizadas por menores entre 14 y 17 años	51	
IV.	Tratamiento jurisprudencial en España de bullying y de ciberbullying.....		58
	1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, núm. 1009/2005 de 15 de Julio	58	
	2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8º, núm. 452/2009 de 16 de septiembre	62	
	3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 7/2010 de 29 de enero	65	
	4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1º, núm. 355/2010 de 21 de octubre	67	

5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, núm. 23/2011, de 26 de enero	68
6. Sentencia del Juzgado de Menores de Granada, núm. 148/15 de 25 de septiembre	70
7. Sentencia del Juzgado de Menores de Jaén, núm. 200/2016 de 7 de noviembre	71
V. Conclusiones	74
VI. Bibliografía	77
VII. Otras referencias	80



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<u>ABREVIATURA</u>	<u>SIGNIFICADO DE LA ABREVIATURA</u>
AP	Audiencia Provincial
Art./art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CP	Código Penal
EM	Exposición de Motivos
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad de menores
MF	Ministerio Fiscal
núm.	número
p./pp.	página/páginas
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/s Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal de los Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
<i>Vid</i>	Véase

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone abordar el complejo fenómeno del acoso escolar -también conocido con el término inglés *bullying*-, y analizar cómo se ha tratado de regular y solucionar la cuestión dentro del ordenamiento español, qué problemáticas han surgido, reflexionando sobre si debería tipificarse esta figura en el Código Penal, como se ha hecho con otras tantas en las últimas reformas.

El fenómeno del acoso escolar no es algo nuevo, pudiendo afirmarse que siempre han existido comportamientos hostiles entre niños y adolescentes en las escuelas. La diferencia es que sólo en las últimas décadas han salido a la luz más casos y se escucha hablar más de ello en los periódicos y en la televisión. El caso que ha hecho explotar la alarma social ha sido en 2004 con el suicidio de Jokin, que sufrió repetidos actos de acoso por algunos compañeros del colegio; así han seguido otras historias similares, como la de Carla Díaz, o del pequeño Diego, que dejó una carta a sus padres antes de suicidarse.

Desde entonces se hayan incrementado las denuncias de este delito, lo que no quiere decir que los casos de acosos han aumentado con la difusión de estas noticias, sino que precisamente por la difusión de las mismas el fenómeno ha adquirido visibilidad pública, generando una reacción e un interés mayor por parte de toda la sociedad. Se puede decir que ha pasado algo parecido a lo ocurrido en los supuestos de la violencia de género: se ha producido una concienciación y una sensibilización sobre el tema gracias al cual se han empezado a buscar soluciones para prevenir y bloquear el fenómeno. El problema en realidad no queda dentro de los centros escolares, sino que se ha convertido en un problema social, razón que lleva a sugerir que, para erradicarlo, quizás la solución más adecuada sería empezar desde la educación y prevención mediante la colaboración entre las familias y los centros educativos.

Este trabajo se mueve dentro de una problemática muy vasta y todavía con muchas sombras en su definición y regulación así que se intentará aportar más claridad posible. En el primer capítulo se define primero la conducta genérica de acoso también definido con el término inglés *stalking*; haciendo una panorámica sobre su primera regulación jurídica en los Estados Unidos, aportando ejemplo de algunos países europeos hasta poner la atención sobre como España se ha enfrentado al mismo. En el segundo capítulo se presentan dos posibles clasificaciones de los distintos tipos de acoso, por un lado, según el ámbito en el cual se realiza y por el otro según el resultado que se consigue y las reacciones que provoca en la víctima, que deja manifiesto como exista en nuestro

ordenamiento una regulación todavía ambigua y atomizada del acoso, que lleva a confusión.

A seguir se pasa al análisis de una de las tipologías de acoso, que es el tema principal que trata este trabajo: acoso escolar o *bullying*, términos que se utilizarán indistintamente a lo largo de todo el trabajo. Esta tipología de acoso, tomando la definición empleada y más aceptada, de OLWEUS, pionero en sus estudios, consiste en una situación por la cual “*Un estudiante es acosado o victimizado cuando está expuesto de manera repetitiva a acciones negativas por parte de uno o más estudiantes*”. Se introduce el tema explicando el contexto en el cual empezó a estudiarse el mismo, los elementos principales que lo caracterizan, individuados por varios autores y se presentan las distintas modalidades de *bullying*. En el apartado sucesivo se ilustra la normativa existente en los distintos niveles jurídicos internacionales y nacionales y en particular cuales normas están previstas y como se regula el fenómeno en el ámbito penal español. Otra cuestión importante en la actualidad es la difusión que está teniendo en particular una de las tipologías de *bullying*: el *ciberbullying*. Con el rápido desarrollo de los medios de la información y de la comunicación (TIC's) y el fácil alcance de las mismas por niños de cualquier edad, ha aparecido esta nueva tipología de acoso escolar. El problema, de todas formas, no es tanto que estos medios se utilicen por los menores, ya que en realidad ofrecen muchas ventajas si aprovechados correctamente, sino que su empleo se realiza cada vez en manera menos responsable y sin la adecuada supervisión de los padres. Esto ha causado un empeoramiento y una intensificación del acoso, que hoy en día encuentra nuevas y peligrosas formas de perpetrarse. Por eso se dedica un apartado a dicha modalidad, definiéndola, y evidenciando cuales son los puntos en común con el *bullying* tradicional y cuales en cambio son sus diferencias y peculiaridades.

En otro apartado se presenta el tema de la responsabilidad penal y civil para los supuestos de *bullying* y *ciberbullying*, distinguiendo según que el menor tenga menos de 14 años o entre 14 y 17 años a la hora de cometer el delito de acoso. Este asunto nos lleva a reflexionar sobre dos cuestiones: primero si es lo más adecuado dejar como edad mínima de imputabilidad los 14 años o si debería rebajarse dicha edad o establecerse criterios distintos del cronológico, que es el actualmente utilizado, para poder determinar si el menor es capaz o menos de entender sus acciones. La segunda cuestión examinada es si para los menores entre 14 y 17 años, deberían disponerse endurecerse las medidas prevista en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los

menores, en la dirección de ser más parecidas a las sanciones penales dirigidas a los adultos. Se proponen, como último apartado, un enfoque sobre el tratamiento jurisprudencial de los supuestos de bullying y ciberbullying, analizando distintas sentencias, que evidencian como los tribunales se han pronunciado en estos años para castigar dichas conductas delictivas.



I. CONCEPTO DE ACOSO

En el Diccionario de la Real Academia Española el acoso se define como la “acción y efecto de acosar”¹, considerándose por tal el “perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona, o apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos”².

Lo propio del acoso – centrándonos en el ámbito estrictamente penal-, aunque puede consistir en muchas ocasiones en importunar a alguien con peticiones o preguntas insistentes, es más bien la idea de perseguir sin tregua ni descanso³.

En el sistema anglosajón y en el estadounidense el término utilizado para definir este tipo de conducta es el de “*stalking*” que consiste en un conjunto de comportamientos persecutorios intencionados y reiterados. Procede del Estado de California la primera ley “antistalking”, aprobada en el 1990⁴, como consecuencia de varios casos de homicidio o tentativas derivados de actos de acoso⁵. De forma análoga, en los años sucesivos los demás Estados Federales, siguieron la postura de California aprobando cada uno una legislación específica en este ámbito y del mismo modo en Canadá se incluyó este delito en 1993 en el *Criminal Code* definiéndose “*criminal harassment*” (molestia criminal)⁶. Por otro lado, en Europa, el primer sitio en el cual se legisló sobre el *stalking* fue igualmente un país de *Common Law*, Gran Bretaña, si bien la regulación específica no llegó hasta 1997, con la aprobación de la *Protection from Harassment Act*, seguido de cerca por Irlanda⁷. Entre otros países que se vieron influidos por las políticas estadounidenses en la incriminación de este delito, encontramos Bélgica, Austria,

¹ Véase definición de la RAE: <http://dle.rae.es/?id=0ZszPxA> (última visita 25/05/2017)

² Véase definición de la RAE: <http://dle.rae.es/?id=0ZpEHg5> (última visita 25/05/2017)

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V., “Acoso y Derecho Penal”, *Eguzkilore Número 25. San Sebastián*, diciembre 2011, p.22. Disponible en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2176993/02DeLaCuesta.indd.pdf>

⁴ Dicha ley entró en vigor en el año 1991 y en virtud de la misma se introdujo en el artículo 649.9 del *California Penal Code* el delito de *stalking*

⁵ Fue en 1989, con el caso de Rebecca Schaeffer, famosa actriz de una serie televisiva, que fue asesinada por el admirador Robert Bardo, que el Estado de California decidió actuar frente al problema y legislar en dicha materia, con la emanación de la primera Ley Antistalking

⁶ Este delito se prevé en el art. 264.1 del Criminal Code of Canadá: “*nadie puede, sin autorización legítima y a sabiendas de que otra persona está siendo acosada o pudiendo saberlo, llevar a cabo las conductas descritas en el párrafo (2), que producen en cualquier persona razonable, en esas mismas circunstancias, miedo por su seguridad o por la de algún conocido. Según el párrafo (2), las conductas a las que se refiere el párrafo (1) consisten en: (a) seguir a una persona o a sus allegados de modo repetido de un lugar a otro; (b) comunicarse de forma repetida, tanto directa como indirectamente, con otra persona o con sus conocidos, (c) acechar o vigilar su lugar de residencia o el lugar donde esa persona o alguno de sus conocidos reside, trabaja, ejerce su actividad profesional o se encuentra, (d) comportarse de manera amenazante contra esa persona o contra algún miembro de su familia.*”

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La introducción del delito de “*atti persecutori*” en el Código penal italiano. La tipificación del *stalking* en Italia”, *Revista para el análisis del derecho, INDRET, Barcelona julio 2009 p.7* www.indret.com

Dinamarca⁸ o Alemania⁹, la cual en 2007 incluye en su Código Penal el delito de acoso, utilizando el término *Nachstellung* para referirse a “persecución”, y lo considera como delito contra la libertad personal perseguible, en principio, a instancia de parte¹⁰. Solo en tiempos más recientes se ha tipificado el acoso en países como Italia, que ha aprobado en 2009 la Ley núm. 38, de 23 de abril de 2009 que introduce en el CP el art. 612 bis que se titula con ambos términos, el inglés *stalking* y su traducción en italiano de “*atti persecutori*”¹¹; y en España en 2015 con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (en adelante LO 1/2015), por la que se modifica el Código Penal (en adelante CP) y que regula el acoso en el nuevo art. 172 ter¹².

Siempre han existido conductas que se pueden encuadrar en la de acoso, llevadas a cabo por una pareja o expareja, en los casos más comunes, pero también por sujetos que, aunque no tienen ninguna relación con la víctima se han obsesionado con ella y empiezan a perseguirla y asediarla. Los supuestos de acoso protagonizados por sujetos que sean o hayan sido parejas, pueden encuadrarse en violencia de género, ya que incluyen a veces un sesgo machista. En este sentido MAGRO SERVET señala que “estas conductas se

⁸ Vid. “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, año 2016, número 1, p. 28. Con respecto a Dinamarca: “Dinamarca constituye un caso particular por ser un país precursor en esta materia en cuanto su regulación es anterior a la regulación de EEUU antes mencionada ya que data de 1933, modificado en 1965 y 2004 principalmente para incrementar la sanción. Se castiga a quien vulnera la paz de otro importunándole, persiguiéndolo con cartas o molestándolo de cualquier otra forma a pesar de la advertencia policial.”

⁹ Es importante subrayar el supuesto de Alemania porque, como señala la Fiscalía General del Estado, ha servido de modelo a nuestro legislador de manera que describe y enumera las conductas en un sentido muy parecido a nuestro CP

¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V., “Acoso y Derecho Penal”, ... *Op. Cit.* p.34

¹¹ Art. 612 bis CP italiano: “*Excepto que el hecho constituya más grave delito, se sanciona con pena de prisión de seis meses a cuatro años (modificado en cinco años en 2013) todo tipo de conducta reiterada de acoso u hostigamiento, amenazadora o persecutoria idónea para causar un perdurable estado de ansiedad o temor en la víctima, producir en las víctimas un temor fundado sobre su propia seguridad o la de sus parientes, allegados, o persona unida a la víctima por una relación afectiva, forzar a la víctima a modificar su hábitos de vida. La pena es aumentada si el autor del delito es el cónyuge, aunque sea legalmente separado o divorciado, u otra persona unida a la víctima por una relación de parentesco o si está o ha estado unido a la víctima por una relación*”, traducción propia

¹² Art. 172 ter: “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”

repiten con frecuencia en los casos de violencia de género, por lo que puede ocurrir que la mujer no haya sufrido episodios de malos tratos durante su relación, pero que es a raíz de su separación cuando el hombre comienza a acosarla, vigilarla y perseguirla sin más”¹³. Por otro lado, ambos fenómenos, presentan una dificultad añadida que es que se enmarcan en acciones privadas que por mucho tiempo han sido consideradas como problemáticas pertenecientes exclusivamente a la esfera privada, hasta alcanzar una dimensión pública despertando interés y preocupación en la sociedad¹⁴. Con respecto al acoso, cuando el fenómeno se ha vuelto más latente y mediático, se ha producido una sensibilización y concienciación que han hecho más apremiante la exigencia de su regulación y de su tipificación expresa ¹⁵.

Así la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE), en el análisis de los antecedentes a la reforma de 2015, sobre la regulación del delito de *stalking* y del tratamiento jurisprudencial del mismo, muy variado y a veces confuso, afirma que “la doctrina de forma mayoritaria había llamado la atención sobre la regularización atomizada y fragmentada de las diversas manifestaciones de acoso y la necesidad o cuanto menos la conveniencia, de tipificar un tipo genérico que castigara el acoso predatorio, a fin de evitar la impunidad por atipicidad de determinadas conductas de hostigamiento graves que

¹³ MAGRO SERVET, V., “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal”, Ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado, 16 marzo 2015, p.19

¹⁴ En relación con la violencia de género, en la EM de la Ley Orgánica, 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género se puede leer: “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

¹⁵ Vid. reflexiones en este sentido de MAGRO SERVET, V., (11 de julio de 2014), “Es el acoso a otra persona una mala conducta o un delito?” *Periódico digital DIARIO INFORMACIÓN* : “Hay una conducta que se está repitiendo con demasiada frecuencia en la sociedad que se refiere a quienes acosan, vigilan, persiguen a otras personas...Pero sobre todo estas conductas se repiten con frecuencia en los casos de violencia de género, por lo que puede ocurrir que una mujer no haya sufrido episodios de malos tratos durante su relación con su pareja, pero que es a raíz de su separación cuando el hombre comienza a acosarla, vigilarla y perseguirla sin más. Esta conducta en la actualidad no integra delito alguno cuando en el derecho anglosajón, los americanos e ingleses, sí que queda configurada como el denominado delito de *stalking*. Pero, es más, en la actualidad la víctima no puede ni tan siquiera pedir una orden de alejamiento porque quien le acosa no ha cometido «todavía» un delito ni de maltrato físico ni amenaza o coacciones. Por ello, la pregunta que nos hacemos es si tiene que estar esperando la víctima a que su expareja cometa uno de estos delitos para que pueda intervenir la justicia. Pues bien, precisamente en la inminente reforma del Código Penal que se está tramitando en el Congreso se van a tipificar como delito estos hechos para evitar la impunidad de los mismos, ya que muchas personas (hombres y mujeres) que rompen su relación con sus parejas se ven acosadas hoy en día por ellos y también por ellas por la sencilla razón de que no aceptan un «no» por respuesta y al tener configurada su relación bajo la idea del sentimiento de propiedad...”

Disponible en: <http://www.diarioinformacion.com/opinion/2014/07/11/acoso-persona-mala-conducta-o/1523618.html>

Y también el escrito de la Fiscalía General del Estado, que en la *Op. Cit.* de la *Revista del Ministerio Fiscal*, número 1, año 2016 así introduce el tema del acoso: “El fenómeno del acoso no es algo nuevo, ha existido siempre y ha presentado diversas y muy variadas manifestaciones a lo largo de los tiempos, y, tampoco nos encontramos ante un término estrictamente jurídico pues se utiliza, además de en el ámbito del derecho, en el de la sociología, psicología, y las ciencias naturales.”

producían preocupación a la sociedad, especialmente en el ámbito de la violencia machista y sus manifestaciones más crudas tras la ruptura de la relación. Y es que, pese a que los tribunales con frecuencia tenían que enjuiciar múltiples casos que provocaban una importante repulsa social por su alta lesividad y que podían incardinarse como fenómenos de *stalking*, este fenómeno no se hallaba específicamente incriminado en el CP español... Se desprende que la tipificación de las conductas de acoso, vigilancia y control en modo alguno era ni fácil ni pacífica, lo que provocaba respuestas inadecuadas en cuanto demasiado leves en relación con la entidad de la conducta e incluso la impunidad en ocasiones por lo que era cada vez más patente y reclamada social y doctrinalmente la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico penal español de una tipificación específica...”¹⁶.

La característica del acoso es que se trata de comportamientos persecutorios obsesivos y reiterados, dónde el elemento que determina la necesidad de una respuesta penal es la persistencia y la prolongación en el tiempo y la intrusión en la vida personal, que indudablemente llegan a afectar de forma sustancial a la libertad y a la seguridad de quien la padece.

Individualmente considerados, los actos integrantes del acoso –de naturaleza potencialmente muy diversa y susceptibles de producirse en una amplia variedad de situaciones o relaciones, que no necesariamente serán de naturaleza íntima– pueden incluso parecer comportamientos normales y atípicos. Estos actos, por sí mismos, no constituyen ningún acto penalmente relevante; sin embargo, unidos a otros son el patrón de conducta del acoso¹⁷.

Como se ha acabado de evidenciar, antes de la reforma de 2015, no existía un tipo penal específico en el CP español así que los tribunales solían castigar con mayor frecuencia las conductas de acoso como delitos de coacciones y amenazas o falta de vejaciones injustas; o como delitos de acoso sexual o delitos contra la intimidad y delitos de trato degradante. Pero existen otros supuestos posibles, como indica VILLACAMPA ESTIARTE, donde dichas conductas se castigan como delitos contra el honor, cuando se profieren expresiones insultantes; delitos contra el patrimonio, cuando el acosador menoscaba propiedades de la víctima; delito de maltrato habitual u ocasional en el ámbito

¹⁶ Vid. “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015”, *Op. Cit.*, pp. 32-37

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V., “Acoso y Derecho Penal”, ... *Op. Cit.* p.24

familiar –cuando entre víctima y ofensor media o ha mediado una relación sentimental o de matrimonio– e incluso delitos de lesiones o tentativa de homicidio –cuando no homicidio consumado– si en su escalada el acosador llega a atentar contra la integridad física o la vida de la víctima, o si causa menoscabo a su salud mental¹⁸.

Finalmente se tipifica el delito de acoso con la introducción en el CP del art. 172 ter, mediante la LO 1/2015. Entre las razones de esta reforma se recoge, por un lado, el compromiso de carácter internacional asumido por España con la ratificación del Convenio de Estambul, que en su artículo 34 -sobre acoso-, obliga las partes a adoptar “medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad”¹⁹. Por otro lado, se subraya la necesidad de dar una respuesta penal a conductas graves que no encontraban coincidencia en ningún tipo penal existente o que, en muchas ocasiones, para poderse sancionar llevaban a realizar una interpretación forzada, para que encajasen en alguna figura delictiva de las anteriormente citadas. De hecho, la solución empleada por los tribunales antes de la reforma tenía el defecto de dejar fuera muchos casos de acoso por no tener la conducta todos los requisitos exigidos por los tipos con los cuales se castigaban. Así en distintas ocasiones el delito de *stalking* se subsumía en otro delito que afectaba, según el tribunal, al bien jurídico protegido por el tipo, sin castigarse la conducta de acoso en sí misma, sino solo algunos actos realizados contra la víctima²⁰.

¹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro”, *Revista del Instituto Universitari d’Investigació en Criminologia y Ciències Penals de la UV* - ISSN 1989-6352, 2010-<http://www.uv.es/recrim> p.41

¹⁹ El Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence), firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011— obliga a los Estados parte — entre ellos España— a incriminar el delito de *stalking*. Dispone el art. 34 “Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of repeatedly engaging in threatening conduct directed at another person, causing her or him to fear for her or his safety, is criminalized”.

²⁰ Como ejemplo de conducta de *stalking* que queda subsumida dentro de otro delito, se puede citar el supuesto en el cual queda subsumida en delitos de amenaza y coacciones porque según el tribunal el bien jurídico afectado es la capacidad de obrar. Así en la ST de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 85/2001 de 22 de febrero, el acusado ha sido condenado por un delito de coacciones, dos delitos de amenazas y un delito de desobediencia a la autoridad. Este llevó a cabo persistentes llamadas telefónicas dirigidas a su ex novia y a los compañeros de trabajo de la víctima, en las que indicaba que la iba a violar, varias pintadas en paredes cercanas a su puesto de trabajo, en las que también indicaba la intención del acusado de mantener relaciones sexuales con ella, e incluso le envió varias cartas escritas con sangre. En la sentencia, el Tribunal considera que: “Las declaraciones testimoniales practicadas en el acto del juicio han sido claras y terminantes, en especial las de las víctimas, Juana María M. Q. y Susana B. G., en relación con las persistentes llamadas telefónicas etc., que les causó un gran temor y desasosiego, así como la de María Victoria C. G., ex novia del acusado, que tras romper sus relaciones, recibió muchísimas llamadas y cartas del hoy recurrente, que no supo asumir la ruptura de sus relaciones sentimentales y reaccionó amenazando de forma reiterada y recalcitrante a los compañeros de trabajo de ella, y la coaccionó con su proceder desorbitado e insistente.”

Con la tipificación expresa en el art. 172 ter se ha conseguido, por lo tanto, evitar la impunidad de comportamientos que se califican como tales, y que atentan contra la libertad y la seguridad de la víctima, pero, como ha señalado la FGE, aunque la reforma ha sido positiva, las únicas voces que se han alzado lo han sido por su encaje sistemático o la necesidad de una reforma más ambiciosa que estableciera una regulación sistemática y conjunta de la conducta de acoso, incluyendo el acoso sexual, laboral e inmobiliario, no afectados por la reforma²¹.

En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 (en adelante EM) se justifica la inclusión del precepto que tipifica el delito de acoso así: *“También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que 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 causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para 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”*²².

El nuevo art. 172 ter se encuentra en el Capítulo III del Título VI del CP, en el cual se regulan los delitos contra la libertad y se ha incluido precisamente dentro del delito de coacciones. Dada esta colocación decidida por el legislador se deduce que el bien jurídico principalmente afectado es la libertad²³, específicamente entendida como libertad de obrar, de decidir y actuar libremente, que a causa de las conductas persecutorias del sujeto activo anulan parcialmente o modifican el poder decisional de la víctima y sus rutinas cotidianas. De acuerdo con lo afirmado por la autora GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, aunque pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral²⁴ o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso, es correcto incluir este

²¹ La Revista del Ministerio Fiscal de 2016 evidencia que “el precepto ha merecido el informe favorable de la Fiscalía General del Estado (FGE) y del CGPJ y el beneplácito generalizado de la doctrina, en la medida en que ofrece respuestas a conductas de indudable gravedad que no siempre podían incardinarse en el ámbito de las coacciones o las amenazas.”

²² Exposición de Motivos de la L.O 1/2015- punto XXIX

²³ Al establecer dicha ubicación el legislador ha seguido el modelo adoptado en Alemania e Italia

²⁴ Autores que apoyan la tesis por la cual el bien jurídico protegido es el de la integridad moral son: DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V., *Op. Cit.*

delito dentro de los delitos contra la libertad²⁵. Pero si se analiza más en profundidad esta figura se desprende que no coincide perfectamente con la de delito de coacción, sino que es más bien una figura híbrida entre coacciones y amenazas²⁶, con caracteres propios, que debería regularse en un capítulo independiente que llevara por rúbrica “Del Acoso”²⁷.

Además, si se atiende a la EM de la LO 1/2015, se concluye que, no sólo se protege el bien jurídico de la libertad sino asimismo el de la seguridad²⁸, esto es, el derecho al sosiego y a la tranquilidad de la persona. En definitiva, también con esas conductas se atenta al sentimiento de seguridad, al derecho al sosiego y a la tranquilidad personal, interfiriendo simultáneamente la conducta delictiva, en el proceso de formación de su voluntad atacando directamente la libertad de la víctima. Por ello, el bien jurídico puede ser también la seguridad o un bien jurídico mixto entre libertad y seguridad²⁹. Sin embargo, como señala el Magistrado Ortega Sebastián, en la primera sentencia en la que se castiga el delito de acoso “solo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que sea punible el mero sentimiento de temor o molestia”³⁰. Pero advierte también que “aunque el bien jurídico principalmente afectado por el *stalking* sea la libertad, también pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso”. Coincido con el Tribunal Supremo que, en la sentencia 324/2017 de 8 de mayo, considera que, en el caso español, a diferencia de la tipificación de este delito en otros países, se enfatiza más la afectación al bien jurídico de la libertad que al de la seguridad, ya que la libertad “*queda maltratada por esa obsesiva actividad intrusa que puede llegar*

²⁵ Vid. GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal 2012*, Tirant lo Blanch- Valencia (2013), p. 584

²⁶ Vid. GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Op. Cit.*, p. 584. La autora especifica las diferencias del delito de acoso, del de coacciones: “*En primer lugar, en las situaciones de auténtico acoso —al menos tal y como yo lo entiendo— no es posible hablar de la existencia de un anuncio de un mal en sentido estricto, sino únicamente de la creación de una situación o contexto intimidatorio para la persona acosada, que teme el acaecimiento de un mal indeterminado e incierto en cuanto al momento y forma de aparición —lo que puede incluso afectar más gravemente a su libertad personal—. En segundo lugar, teniendo en cuenta lo que se dirá posteriormente sobre el concepto de acoso, no existe violencia explícita y, además, no es necesario que la conducta del sujeto activo se dirija a obligar a la persona acosada a realizar una conducta no deseada o a impedirle realizar una conducta determinada*”.

²⁷ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto*, *Op. Cit.* p.584

A favor de esta tesis, otros autores como GÓMEZ RIVERO, reclama un tratamiento unitario del acoso; VILLACAMPA ESTIARTE, comparte la reflexión de fondo de quienes defienden la necesidad de una regulación convenientemente sistematizada del acoso —en una sola o en varias ubicaciones en nuestro CP— frente a la atomizada en función del ámbito relacional en que se produce este fenómeno.

²⁸ De acuerdo con esta idea, por ejemplo: MENDOZA CALDERÓN, S. En MUÑOZ CONDE, F., *Análisis de las reformas penales*, Tirant lo Blanch. 2015, p.133

²⁹ GALDEANO SANTAMARÍA, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Op. cit.* p. 571

³⁰ Vid. Fund. De Derecho nº1, Sentencia nº 260/2016, Juzgado de Instrucción nº 3 de Tudela (Navarra)

a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento”³¹.

Con respecto al contenido, según el art. 172 ter, la conducta, para encuadrarse en el delito de acoso, debe tener dos requisitos básicos: que se realice de forma insistente y reiterada; y que, a través de dicho comportamiento, se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima³². En el precepto se enumeran en detalle las cuatro conductas que puede realizar el acosador, para que se consideren punibles: “que vigile, persiga o busque la cercanía física de la víctima; que establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas; que adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella mediante el uso indebido de sus datos personales; o que atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”³³.

En relación con el primer requisito, que la conducta se realice de forma reiterada e insistente, el precepto no especifica el número de veces que debe llevarse a cabo la acción para que sea penalmente relevante, así que deberán ser los tribunales los que lo determinen. Se puede citar nuevamente la STS 324/2017 que se pronuncia afirmando que “se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo, o al menos, que quede patente, que sea apreciable esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban dichas como algo puramente episódicos o coyunturales, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima”. Y añade que: “no es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal... Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art.

³¹ La Sentencia citada, en la que ha sido ponente Antonio del Moral García, es la primera en la cual el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el nuevo delito de ‘*stalking*’ u hostigamiento, introducido en el CP por reforma del año 2015. Consultado online en el enlace <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/11918-primera-sentencia-del-ts-sobre-el-stalking:-exige-continuidad-en-el-tiempo-que-obligue-a-la-victima-a-modificar-su-forma-de-vida/> (última visita 29/07/2017)

³² Vid. “*El nuevo delito de acoso ilegítimo o stalking (art. 172 ter CP)*”, Fecha: 01/04/2016. Noticias jurídicas Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10989-el-nuevo-delito-de-acoso-ilegitimo-o-stalking-art-172-ter-cp/> (última visita 25/07/2017)

³³ Vid. Art.172 ter CP

172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana”³⁴.

El segundo elemento básico que se exige para considerar la conducta como acoso es que haya causado una grave alteración en el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, así que no se considerará consumado el delito por la mera reiteración de las conductas sino cuando se haya producido dicho resultado, hecho que lo clasifica como delito de resultado material. Este elemento ha llevado a muchas discusiones y críticas por su redacción, como señala la FGE, en el sentido de que es un término indeterminado, hecho que plantea problemas de caracterización y concreción³⁵. Así redactado parece que para determinar en qué consiste la alteración grave y si esta se ha producido se puede llevar a cabo una interpretación desde una perspectiva subjetiva, teniendo en cuenta cada vez las condiciones de la víctima. Sería más correcto, de acuerdo con VILLACAMPA, que “el resultado del delito debe considerarse perfeccionado de acuerdo con un patrón objetivo de víctima -a efectos de evitar que el umbral de la conducta delictiva se relajara frente a víctimas altamente sensibles—, a cuyo efecto criterios como el de la causalidad adecuada, integrados en el primer nivel de la imputación objetiva, pueden desempeñar un papel relevante en orden a determinar la tipicidad de las conductas en delitos como el que nos ocupa”³⁶.

El legislador, respecto a cuales son los comportamientos en los que se identifica el acoso, ha optado por una enumeración más detallada posible, decisión que se puede explicar en parte en la citada sentencia del TS que lo justifica como: “... *el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos,*

³⁴ Según la citada Sentencia, algunos especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones); otros llegan a hablar de seis meses.

³⁵ Vid. “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015”, *Op. Cit.*, p. 38

Como señala la FGE la razón de esta mala redacción del término tiene origen en un error en la “transposición del término alemán “perjuicio grave al desarrollo vital de la víctima”, y ambos hacen referencia a los hábitos, la rutina y forma de vida diaria de esa persona, de manera que si el merodeo, las llamadas, los encuentros provocan que la víctima tenga que cambiar sus horarios o trayectos o no se atreva a salir de casa sola o a coger el coche o tenga que cambiar el nº de teléfono, ya se está alterando y modificando de una forma importante su vida”

³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto. Op. Cit.* p. 606.

En la misma obra, en acuerdo con la idea de VILLACAMPA, está también la autora GALDEANO SANTAMARÍA, A. al afirmar: “Entiendo que la propuesta de alterando objetiva y gravemente el desarrollo de la vida cotidiana es más correcta” p. 577

uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana”³⁷.

Inicialmente el precepto preveía una clausula “abierta” de carácter residual en el Anteproyecto de la reforma, pero fue eliminada porque el Consejo General del Poder Judicial³⁸ y el FGE consideraban que estaba en contra del principio de taxatividad³⁹ y del de legalidad⁴⁰ del art. 25 CE. Por otro lado, como afirma el mismo FGE, el legislador ha evitado cualquier indeterminación con el riesgo evidente de que un exceso descriptivo del art. 172 ter quede pronto obsoleto o no comprenda todas las posibles manifestaciones del acoso y su persecución⁴¹. Coincido con la opinión de VILLACAMPA que, junto con otros autores, considera que sería conveniente incluir en el precepto la cláusula abierta inicialmente prevista, para evitar que pudieran caer fuera del tipo nuevas formas de

³⁷ Vid. Fundamento TERCERO, 2º de la STS n.324/2017 de 8 de mayo. La Sala Segunda se pronunció en un recurso de una mujer que pedía que se aplicase a su expareja sentimental el art. 172.ter.2, con el cual se castiga el nuevo delito de hostigamiento en su modalidad agravada. La sentencia de la Audiencia de Madrid recurrida condenó al hombre, pero no por dicho delito sino por el de coacciones en el ámbito familiar, a una pena de 16 días de trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de aproximarse a la mujer durante 6 meses. El caso recurrido en casación hacía referencia precisamente a una secuencia de cuatro conductas de hostigamiento producidas durante una semana (llamadas, intentos de acceder al domicilio de la víctima, reclamación de objeto). El TS desestimó el recurso argumentando: *“Hemos de convalidar la interpretación del art. 172 ter 2 CP que anima la decisión adoptada por el Juzgado de lo Penal refrendada por la Audiencia. Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.”* Se puede añadir: *“No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación, pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatória, a variar, sus hábitos cotidianos”*

³⁸ En adelante CGPJ

³⁹ Vid. Apartado 2, art. 25 CE *“...El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.”*

El principio de taxatividad conduciría derechamente a considerar inconstitucionales las leyes penales en blanco, aquellas que se remiten en un reglamento administrativo para completar su supuesto de hecho. Se infringiría no sólo el artículo 25.1 CE sino los artículos 9.3, 53.1 y 81.1 CE. El Tribunal Constitucional ha acotado el margen de este tipo de normas penales en las SSTC 127/1990, de 5 de julio y 120/1998, de 15 de junio, y SSTC 34 y 82/2005 y 283/2006. <http://www.congreso.es/consti/index.htm> (última visita el 21/07/2017)

⁴⁰ El apartado 1 del art. 25 proclama como derecho fundamental el principio de legalidad penal extendiéndolo al Derecho administrativo sancionador. Una tradicional manifestación del garantismo que se expande a otro ámbito donde se pueden producir limitaciones de derechos. Del mismo modo que los derechos procesales se han proyectado fuera del ámbito jurisdiccional al procedimiento administrativo sancionador, también el principio de legalidad lo ha hecho, pero como ha reiterado una abundantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional que va de la STC 18/1981, de 8 de junio, a las SSTC 50 y 55/2003, ambas 17 de diciembre, de una forma menos intensa, lo que se traduce en un exigencia menos estricta de ley (no se precisa la ley orgánica ni siquiera ley formal, pudiendo bastar el decreto-ley o el decreto legislativo) e incluso en la posible colaboración del reglamento administrativo para completar la previsión legal que debe ser, eso sí, suficientemente precisa de los hechos sancionables y de la graduación de las sanciones. Por tanto, mientras que en la esfera penal la reserva de ley es absoluta, y es de ley orgánica (SSTC 25/1984, 23 de febrero, y 159/1986, de 12 de diciembre), esta dimensión formal se atenúa en el campo del Derecho administrativo sancionador (STC 52/2003, de 17 de marzo). <http://www.congreso.es/consti/index.htm> (última visita el 21/07/2017)

⁴¹ “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015”, *Op. Cit.* p.40

acoso⁴²; así se seguiría la línea de otros ordenamientos, como el alemán que ha optado por dicha opción.

En cuanto a la perseguibilidad, el delito de acoso, incluido dentro de los delitos contra la libertad, se encuadra en los delitos semipúblicos que solo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo cuando el ofendido sea una de las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP⁴³, en cuyo caso se considerará delito público.

En relación con los delitos de abuso y/o agresión sexual y acoso, incluidos dentro de los delitos sexuales, cuyo bien jurídico afectado es la libertad e indemnidad sexual, teniendo también carácter semipúblico solo podrán ser perseguidos previa denuncia por parte de la persona agraviada, sus herederos o por parte de su representante legal. Los delitos sexuales han pasado por varias reformas y modificaciones, pero lo que ha quedado inalterado ha sido precisamente su carácter semipúblico y los requisitos exigidos para su perseguibilidad. El artículo 191 del CP (de Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores) se refiere a las distintas formas de perseguibilidad, pero solo de los tres primeros tipos de delitos (acoso, agresión y abuso), y no de todos los descritos en el Título VIII (que incluye también el delito de exhibicionismo y provocación sexual; los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores).

En el primer apartado se establece que el proceso penal podrá incoarse mediante presentación de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada, que tiene en sus manos el poder de decidir si dar comienzo o no al procedimiento penal, o de su representante legal. Es de evidenciar también que, en los delitos semipúblicos, una vez presentada la denuncia, si el ofendido renuncia al ejercicio de la acción penal, el procedimiento seguirá de pie y podrá ser perseguido penalmente por el Ministerio Fiscal⁴⁴, actor particular o popular; así como en el caso en que el ofendido o su

⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro", *Op. Cit.* p. 56

⁴³ Vid. Art. 173.2 CP: "El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados..."

⁴⁴ En adelante MF

representante otorguen el perdón, esto no determinará la extinción ni de la acción ni de la responsabilidad penal.

De acuerdo con el autor GIMENO SENDRA que distingue los delitos semipúblicos en tres grupos⁴⁵, los delitos sexuales se consideran parte de los que tienen como objeto intereses públicos, por lo cual son perseguibles a instancia de parte pero también se establecen una serie de excepciones. Estas excepciones se encuentran recogidas primero en el mismo artículo 191 que indica la posibilidad por un lado de proceder por: “*querella del MF, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia.*”; y por el otro si la víctima es un menor de edad, incapaz o una persona minusválida se afirma que bastará la denuncia del MF⁴⁶.

En segundo lugar, el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁷, que ha sido modificado por la LO 1/2015, establece que: “*Los funcionarios del MF tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el CP reserva exclusivamente a la querella privada. En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el MF si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida*⁴⁸”.

De hecho la reforma de 2015 está atribuyendo un radio de actuación más amplio al MF siempre que éste haga una previa ponderación de los intereses en juego (así como se afirma en el art. 191 CP), tratándose de delitos semipúblicos pero con interés público, y también teniendo en cuenta que el ofendido tiene derecho a decidir libremente si incoar o no el proceso y seguir adelante con la acción⁴⁹.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal, 4ª Edición UNED-Colex 2014*, distingue entre delitos semipúblicos con interés público, delitos semipúblicos puros (que sólo pueden ser perseguidos a instancia del ofendido o su representación legal y una vez iniciado el trámite no dispone de la pretensión penal); y por último delitos semipúblicos con interés privado (en los cuales se exige denuncia del sujeto pasivo del delito o de su representación legal, y no querella como en los delitos privados. El perdón efectuado en forma -expreso y antes de dictarse sentencia- como establece el art. 130.1.5º CP, extingue la acción penal).

⁴⁶ Vid. Art. 191 del CP, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁷ En adelante LECrim

⁴⁸ Vid. Art. 105 de la LECrim, Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁴⁹ GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad y el MF”, *Revista Diario La Ley*, UNED, 2011
Disponibile online en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicacion Gimeno Sendra Vicente .pdf?idFile=fa89e13f-c94d-4012-87b8-81f89e9c4849](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicacion%20Gimeno%20Sendra%20Vicente.pdf?idFile=fa89e13f-c94d-4012-87b8-81f89e9c4849)

II. TIPOLOGÍAS DE ACOSO

Según la definición genérica de acoso que se ha proporcionado, por la cual dicha conducta consiste en perseguir y hostigar a un individuo de forma constante y reiterada, con el fin de alterar y menoscabar gravemente la vida cotidiana de su víctima, se pueden individuar actualmente distintas formas de acoso. Por un lado, se podrían diferenciar según el ámbito en el cual se realiza, por el otro según los resultados que se consiguen y los sentimientos que llega a producir el acoso.

Según el ámbito en el cual se genera encontramos: un acoso laboral o *mobbing*, un acoso inmobiliario o *blockbusting*, un acoso escolar o *bullying*, el ciberacoso y el acoso sexual. El acoso laboral supone, como sostiene VILLACAMPA, un hostigamiento, un acecho reiterado y persistente, en el ámbito laboral, teniendo que realizarse por un superior jerárquico o compañeros, y con la consecuencia de grave sufrimiento y humillación del sujeto pasivo⁵⁰. Se ha tipificado con la reforma mediante LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, incluyéndose dentro de los delitos “de torturas y contra la integridad moral”, en el segundo párrafo del art. 173.1 CP⁵¹. El acoso inmobiliario, es más concreto y reductual, consiste en un conjunto de conductas, por parte del que ostenta una posición de poder o dominante, que tienden a dirigir la voluntad de una persona en un determinado sentido, es decir que tome la decisión de abandonar su vivienda, con el consiguiente desequilibrio emocional que eso supone⁵². Se ha tipificado mediante la reforma citada, en el mismo grupo de delitos, en el párrafo tercero del art. 173.1 CP⁵³. El acoso escolar, es parecido al acoso laboral en cuanto a consecuencias y bienes jurídicos protegidos, con la sustancial diferencia que se realiza en ámbito escolar entre sujetos menores de edad. En este caso no se ha previsto expresamente un artículo en el CP, aunque este tipo de acoso puede encontrar encaje en diversos tipos delictivos ya existentes (coacciones, amenazas, lesiones...). Se puede señalar también el ciberacoso o *ciberstalking* el cual consiste en conductas de acoso, persecución o

⁵⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, IUJSTEL, 2009, p.48

⁵¹ Vid. Art. 173.1: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

⁵² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Op. Cit. pp.51-55

⁵³ Vid. Art.173.1. 3º: “Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.”

intimidación en el ámbito de internet mediante los numerosos medios de comunicación existentes hoy en día. Por último, cuando un individuo intenta presionar o intimidar a la víctima para obtener favores sexuales, o también cuando realiza comentarios obscenos o cualquier otra conducta para mantener algún tipo de relación íntima con la misma, estamos en presencia de acoso sexual. Generalmente el lugar en el cual más se da este tipo de acoso es el laboral, en el cual el individuo se aprovecha de su poder o de su superioridad jerárquica frente a la víctima. Destacar que, de todas formas, cualquier comportamiento que tenga como finalidad el acercamiento sexual o mantener relaciones sexuales con la víctima, en cualquier ámbito, personal, familiar o escolar, puede incluirse en dicha denominación. En nuestro CP se ha tipificado este tipo de acoso en el art. 184.1⁵⁴ que regula tres ámbitos en los que se puede manifestar el acoso: el laboral, docente o de prestación de servicios; en relación con el ámbito laboral es interesante señalar lo que sostiene MARTÍNEZ MUÑOZ, según el cual no transmite demasiada seguridad jurídica el hecho de incluir ya en el punto 1 del art. 184 CP la posibilidad de que el acoso sexual se encuadre en el marco de una relación laboral, ya que de producirse la situación, el acoso sexual y el laboral se fundirían y la redundancia legislativa no hace más que acrecentar la ambigüedad de los preceptos⁵⁵. Hay otras dos conductas que se pueden considerar como modalidades de acoso sexual, ambas caracterizadas por practicarse en la red y que han sido expresamente tipificadas en el CP: el denominado *child grooming* y el *sexting*. El primero hace referencia a la conducta llevada a cabo por un adulto que contacta de forma sistemática y deliberada y sostenida en el tiempo con un menor a través de medios telemáticos con la intención de establecer una relación y control emocional sobre este menor; así que, en línea con la idea de VILLACAMPA, este delito se caracteriza por ser un proceso mediante el cual el sujeto quiere ganarse la confianza del menor para llegar a abusar del sexualmente, pudiéndose definir hasta como un delito preparatorio, la fase inicial- en muchos casos- del delito de abuso sexual⁵⁶. Se reguló por primera vez con la reforma por LO 5/2010 en el art. 183 bis, aunque en la actualidad queda plasmado en el art. 183 ter que ha sido introducido con la recién reforma de 2015⁵⁷.

⁵⁴ Vid. Art.184.1: "El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses."

⁵⁵ MARTÍNEZ MUÑOZ, C.J., "El nuevo delito de acoso del art. 172 ter CP", *Revista Diario de Ley*, nº 9006-Secc. Tribuna Wolters Kluwer, 22 junio 2017, p.13

⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación", *Revista Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXIV (2014), pp. 644-645

⁵⁷ Vid. Art.183.1 ter: " El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de

El segundo, el *sexting*, hace referencia a una conducta que puede realizarse tanto entre adultos como entre menores, a mi parecer es más una modalidad con la cual se puede manifestar el ciberacoso, que consiste en la difusión a uno o más destinatarios, a través de un dispositivo tecnológico, de fotos o vídeos principalmente de contenido sexual, que inicialmente se hayan obtenido con el consentimiento de la víctima, pero se hayan difundido, en un segundo momento, sin su autorización⁵⁸. Se ha introducido este nuevo tipo penal para dar protección legal a aquellas conductas que antes quedaban fuera del art. 197, o sea, los supuestos en los que inicialmente se haya dado el consentimiento de la víctima para obtener fotos o vídeos, pero no el ulterior permiso para su divulgación a otras personas⁵⁹. El *sexting* se incardina dentro de “los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” dando cobertura legal a esta figura el apartado 7 del art. 197 CP⁶⁰. Ambas formas adquieren una cierta peligrosidad,

cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

⁵⁸Vid. MAGRO SERVET, V., que en la Ponencia “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la Reforma del Código Penal” afirma: “Como suele ocurrir con relativa frecuencia hoy en día en el derecho penal y las reformas que al efecto se acometen, este nuevo delito tiene que ver con un caso en concreto que se produjo con la difusión de las imágenes que una concejala de un municipio había grabado y que se las envió a un tercero, acabando, a su vez, siendo divulgadas, sin conocerse la autoría, por las redes sociales. Pero la cuestión clave es que la grabación de las imágenes se lleva a cabo por la propia víctima que es quien las envía, corriendo el riesgo de que estas imágenes sean difundidas. En cualquier caso, cuando ocurrieron estos hechos y se judicializó, la juez instructora desestimó criminalizar los mismos argumentando que no existe delito contra la intimidad, “porque la víctima confeccionó voluntariamente el referido vídeo en la privacidad de su domicilio, usando al efecto su teléfono móvil, y posteriormente, lo envió al imputado, concurriendo igual voluntariedad y ánimo, en diversas ocasiones. Por ello, la cuestión es que ante las dificultades de llevar al terreno del derecho penal la difusión no autorizada de este tipo de imágenes ha llevado al legislador a incluir este nuevo delito en el Código penal para acomodar el texto penal a la realidad social.”

Disponible en: <file:///C:/Users/10/Downloads/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf>

⁵⁹ Señala MAGRO SERVET en la ponencia citada que: “lo que se castiga es la autoría de la difusión no autorizada de las imágenes o el video, y ello sea cual sea la intervención del autor del hecho en la cadena de la difusión. Con ello, basta que lo divulgue y sea detectado por los agentes policiales expertos en delitos informáticos para que con esta reforma sea considerado como autor del delito del art. 197.7 CP. Y es que hasta ahora, el Código Penal solo castigaba en el art. 197.1 el «apoderamiento o interceptación» de cartas o mensajes privados de la víctima, pero no preveía penas cuando era la propia víctima la que facilitaba esos archivos a la persona que luego los difundía sin su debida autorización. Con ello, el hecho de que la víctima haya corrido el riesgo de grabar ella misma el video o permitir que se lo grabe un tercero en lugar cerrado e íntimo no tiene por qué legitimar a este a difundir estas imágenes o video, ya que la grabación solo debe quedar al ámbito privado de quienes han intervenido en la grabación o la toma de imágenes.”

⁶⁰ El punto XIII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, explica la necesidad de dicha tipificación de la siguiente forma: “Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima.” Así que, el art. 197.7 CP literalmente establece lo siguiente: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.”

sobre todo cuando dichas conductas se realizan entre los jóvenes, en gran parte debido al medio utilizado -Internet-, y al anonimato que facilita el acoso y la intimidación produciendo mayor indefensión y miedo en la víctima.

Todas estas formas de acoso, pueden comprender conductas de acoso verbal, mediante insultos, burlas, provocaciones, llamadas telefónicas, amenazas de hacer daño o comentarios inapropiados que crean una sensación de malestar en el sujeto acosado; acoso físico, tanto directo si consiste en dañar o lastimar una persona cuanto indirecto si se dirige a la propiedad o pertenencias del sujeto acosado, utilizando la violencia, golpeando, empujando o rompiendo sus cosas; y por último acoso “social” que puede ser igualmente de tipo directo si consiste en dañar la reputación o las relaciones divulgando rumores o avergonzando en público a la víctima, o indirecto cuando se ignora o se deja a una persona de lado a propósito. De todas formas y aunque a primera vista se podría pensar que los actos de acoso u hostigamiento de carácter físico son los que generan en la víctima más consecuencias; la violencia psicológica/emocional, mediante acciones repetidas y persistentes puede llegar a tener el mismo resultado o hasta efectos más graves del acoso físico y afectar al sujeto para toda su vida⁶¹.

La otra distinción de acoso, según los objetivos buscados, y que permite proporcionar otros matices es: entre acoso psicológico y acoso moral⁶². La diferencia fundamental, según una extendida opinión doctrinal⁶³, estriba en que el acoso moral es atentatorio contra la integridad moral y está caracterizado por la producción de sentimientos de humillación y envilecimiento en el sujeto pasivo; por el otro lado el acoso psicológico es atentatorio contra la libertad personal y se caracteriza por la desestabilización emocional que padece el sujeto pasivo a través de la producción de sentimientos de inseguridad o

⁶¹ A continuación, algunas noticias sobre dicha cuestión: la Psicóloga Yolanda Cervero Ruiz en una entrevista en la que adelanta el tema de su conferencia afirma: “La persona que sufre este maltrato está fatal, puede que su entorno se dé cuenta, pero no saben de donde proviene. Y no podemos olvidar qué cantidad de situaciones de suicidio tienen como base el maltrato psicológico y no se toman en cuenta... “Este tipo de maltrato pasa más desapercibido porque es más difícil de ver a simple vista, y porque parece menos dañino, pero sin embargo es más dañino que el maltrato físico”. (<http://www.diariovasco.com/pg060129/prensa/noticias/AltoUrola/200601/29/DVA-ALU-030.html>)

Por otro lado, en tema de violencia intrafamiliar, la psicóloga forense María Jesús Portillo, fundadora del Centro de Asistencia a Víctimas de Abusos y Agresiones sexuales sostiene que: “Sin embargo, el maltrato psicológico es el gran olvidado y el más dañino en materia de violencia intrafamiliar, ya que es el más difícil de detectar y el que primero empieza porque antes de ponerte una mano encima te han vejado y es lo que te prepara para aceptar todo lo que te venga encima (lamenta Portillo). Además, la herida que provocan estos daños también es más difícil de curar. “Una fractura se cura y es lo fácil de probar mientras que con el daño psicológico lo que se persigue es destruir la autoestima y anular la personalidad de la víctima”. <http://www.heraldo.es/noticias/aragon/2017/04/06/maltrato-psicologico-gran-olvidado-violencia-intrafamiliar-1168440-300.html>

⁶² DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. y MAYORDOMO RODRIGO V.: Acoso y Derecho Penal, *Op. Cit.* p.24

⁶³ Por todos, la autora PEREZ MACHÍO

temor⁶⁴. Por eso, como sostiene VILLACAMPA, en línea con la opinión de PEREZ MACHÍO⁶⁵, se puede encuadrar en la primera categoría el acoso laboral o *mobbing* y el acoso escolar o *bullying*, porque buscan exactamente la humillación, la merma de la autoestima o de la dignidad; y en la segunda categoría, la de acoso psicológico, se puede individuar el acoso predatorio o *stalking* y el acoso inmobiliario, donde el objetivo es lograr el control sobre la voluntad de la víctima, sin que necesariamente se cause humillación⁶⁶. En algunos casos, como señala la autora GÓMEZ RIVERO, estas dos categorías pueden entrelazarse provocando las conductas típicas de cada una efectos propios de la otra⁶⁷.

Es posible entonces que el acosador con su hostigamiento quiera perseguir simplemente para entablar contacto o mantener una relación sin dominación o sometimiento, aunque finalmente, más allá de generar una desestabilización emocional, propia de un acoso psicológico, acaba generando en la víctima sentimientos de humillación y envilecimiento.

Presentada dicho panorama actual de los tipos de acoso existentes, no es difícil deducir que existe una confusión y una fragmentación en su regulación. Como se ha podido evidenciar, a lo largo de los años, se han tipificado expresamente solo algunas de estas tipologías, dejando fuera de esta labor del legislador otras tantas, que podrían justificarse desde la misma argumentación utilizada en el Preámbulo de la reforma mediante LO 1/2015 del CP para el delito de acoso del art. 172 ter: es decir, la tipificación del delito de acoso por no encontrar acomodo en los tipos penales en los que anteriormente se subsumía. MARTÍNEZ MUÑOZ, señala que se entiende que la justificación del legislador y de la corriente doctrinal favorable para regular expresamente el acoso haya sido la falta de acomodo legal de esta conducta en los tipos en los que hasta su inclusión se subsumían; pero si se analizan los resultados que se exigen para contemplarse dicho acoso (la modificación o cambio de los hábitos de vida cotidianos de la víctima), tratándose de una coartación de la libertad, el acoso entraría por completo en el tipo de las coacciones. Además, si se tiene en cuenta la jurisprudencia esta falta de acomodo no

⁶⁴ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto*. Op. Cit. p.583

⁶⁵ Citado por la autora GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. como representante de la opinión doctrinal extendida sobre el tema, en la obra de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal 2012*, Tirant lo Blanch- Valencia (2013), p.583

⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro" ... Op. Cit. p.45

⁶⁷ GÓMEZ RIVERO, M^ªC.: "El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio", en MÁRTINEZ GONZÁLEZ, M^ªI (dir.) *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.30

se traducían en una laguna, con lo cual, la necesidad de tipificar expresamente el delito de acoso, no es tal, no respondiendo al fundamento propio del legislador, sino que responde en realidad a una suerte de política criminal. Coincido con MARTÍNEZ MUÑOZ cuando añade que “una vez asumida su regulación expresa y dado que hay una dispersión de formas de acoso...debería ser considerable la creación de un tipo amplio de acoso que se fundamente en el menoscabo de la libertad de obrar y que abarque y precise sobre todas las formas existentes cuyas características tiene la misma razón de ser y que además suponga una respuesta al avance y las verdaderas demandas sociales, capaz de incluir de forma efectiva, por ejemplo, el acoso a través de internet...”⁶⁸.

III. EL ACOSO ESCOLAR

3.1 CONCEPTO DE ACOSO ESCOLAR

Especial atención merece la tipología de acoso escolar que se define en ámbito internacional y en el lenguaje común con el término inglés *bullying*, aunque su procedencia originaria es del vocablo holandés “*boele*”. Se puede afirmar que este fenómeno siempre ha existido en los centros escolares, pero hasta hace unos años no había suscitado tanta preocupación y alarma social como en la actualidad. Las razones principales se pueden encontrar en que los agentes que más deberían detectar y denunciar estos casos –como profesores y personal de los centros escolares- no lo hacen a tiempo por no entender que se trata de formas de *bullying* o peor por considerar estos comportamientos hostiles entre niños y adolescentes como juegos, burlas o peleas propios y típicos de esta edad y como una manera más de socializar⁶⁹. Por eso la mayoría de las escuelas o instituciones públicas no han afrontado dichas conductas, hasta el momento en el cual, como ha sucedido con la violencia de género, ha habido una mayor concienciación

⁶⁸ MARTÍNEZ MUÑOZ, C.J., “El nuevo delito de acoso del art. 172 ter CP”, *Op. Cit.* pp. 16-17

⁶⁹ Vid. “Por qué es importante que hablemos más a menudo sobre el *bullying*?” *Revista online Hola.com*, en el cual se afirma: “. Uno de cada cuatro niños en España ha sufrido acoso. Y el hecho de que los medios no se hagan eco de estas noticias más a menudo es precisamente por los problemas que aún existen para detectar de forma eficiente casos de *bullying*. “Actualmente trabajamos con grupos de padres con hijos que han sufrido acoso, y que acuden a nosotros porque en determinados colegios les han dado unas respuestas un poco tibias”, explica Verónica Rodríguez Orellana, terapeuta y directora de Coaching Club. Estos colegios suelen tener en común que, tanto los docentes como el resto del personal, no han valorado a tiempo que se trataba de un caso de acoso escolar. El problema, puntualiza, está en los protocolos que se aplican en España a la hora de identificar el *bullying*. Los protocolos que suelen ponerse en marcha en los centros educativos funcionan de acuerdo a una tipología específica, y si los profesores no leen ciertas actitudes y las registran como acoso, estos protocolos no se activan. Estos síntomas, que para los padres suelen ser evidencia de que 'algo pasa', no suelen estar contemplados dentro del marco del centro escolar.”

Disponible en: <http://www.hola.com/ninos/2016020383563/bullying-sintomas-como-evitar/>

sobre el tema y un interés siempre más elevado por parte de los medios de información⁷⁰. Como se puede leer en una noticia del periódico *El Mundo* “El número de casos conocidos no ha hecho más que aumentar desde el año 2004, cuando el suicidio de Jokin, de 14 años, disparó las alarmas. A partir de entonces, se ha registrado un incremento importante de los casos denunciados en el Teléfono ANAR de Ayuda a niños y adolescentes: hasta 573 en 2015 frente a los 328 registrados en 2014, o los 154 de 2009⁷¹”. Al día de hoy hay todavía quien no entiende la magnitud del fenómeno y la exigencia de una intervención concreta. Esta intervención debería empezar primero desde la educación y la enseñanza del respeto y de los valores a los menores, a través de la colaboración entre familias y centros educativos, estableciendo programas y medidas de educación y prevención para que sean los mismos jóvenes a concienciarse y entender la gravedad y los daños que provoca dicho fenómeno. Así podría reducirse la necesidad de llegar a soluciones que prevén medidas de rehabilitación y de reeducación en el ámbito jurídico, dejándolas como última opción en los supuestos más extremos dónde no ha llegado a incidir la educación⁷².

Se podría afirmar que el momento en el cual la cuestión ha empezado a despertar interés y preocupación a nivel público y social, es entre los años sesenta y setenta en los países

⁷⁰ Así la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 10/2005 observa que hay una cierta analogía con lo que ha pasado con el fenómeno de la violencia doméstica, que hasta hace poco se consideraba una cuestión privada de resolver dentro del núcleo familiar.

⁷¹ En la noticia citada titulada “Las denuncias por acoso escolar se disparan: un 75% más en 2015” se señala además que: “...se registró un drástico repunte a raíz de la publicación -en enero de este año- de la carta de Diego, el niño de 11 años que se suicidó en Madrid. Es una de las conclusiones que se extraen del Estudio sobre el 'bullying' según los afectados, basado en las llamadas de menores víctimas de acoso recibidas por el Teléfono ANAR. El 'caso Diego' en concreto -en el que finalmente se descartó el acoso- supuso un revulsivo para padres, menores y profesores: en los 50 días posteriores a la publicación en EL MUNDO de la carta de suicidio, las llamadas de niños se duplicaron, y las de padres (especialmente madres) se multiplicaron por cuatro. También aumentaron las llamadas de docentes para informarse sobre los protocolos de actuación. Esto no quiere decir que la información periodística implique un aumento de los casos, una suerte de 'efecto llamada' sino que "cuando se habla de ello, el tema aflora, y si se tienen dudas, se acercan y preguntan", añade el psicólogo.”

Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/26/571f4228e5fdea2f528b4604.html> (fecha 26/04/2016)

⁷² BLANCO, E. (24 de septiembre de 2015) “El bullying no es un problema escolar, es social”. Periódico online ABC.es Se lee: “Según los datos del estudio «Cisneros X» —realizado por Iñaki Piñuel en 2005— 1 de cada 4 alumnos de Primaria a Bachillerato sufre acoso escolar. Los datos del estudio «Cisneros X» los avala la Asociación Española para la prevención del Acoso Escolar. Su presidente, Enrique Pérez-Carrillo, apunta que se debe crear un Plan Nacional para luchar contra el «bullying» porque su existencia es de capital importancia para primero, conocer el punto de partida de un caso; segundo, ver cómo evoluciona. Desde su punto de vista, este Plan Nacional debe incluir la formación como base de la actuación contra el acoso. Formación en todos los ámbitos: los niños, los padres para aprender a detectar y el personal en los centros educativos para combatir. «Falta formación integral y un protocolo no es suficiente», concreta Pérez-Carrillo. Según José Antonio Luengo —ex Secretario General del Defensor del Menor— «el acoso escolar no es un problema escolar, es un problema social que se manifiesta en los centros por el tiempo que los niños y niñas pasan en ellos». Si el problema es social y los nuevos recursos no hacen otra cosa que empeorar las circunstancias del acoso, la educación vuelve a ser la clave para evitar esta situación. «Primero se debe fomentar un ambiente saludable en la familia que, a la larga, permitirá una mejor integración en la sociedad», explica José Santos, secretario general del Colegio Profesional de Fisioterapeutas de la Comunidad de Madrid.”

Recuperado de: <http://www.abc.es/familia-padres-hijos/20150924/abci-bullying-problema-escolar-social-201509241339.html> (fecha 24/09/2015)

escandinavos, cuando los casos de acoso escolar se hicieron más frecuentes y evidentes. De hecho la definición de bullying más utilizada y aceptada proviene de un estudioso noruego, OLWEUS, Profesor de Psicología del Centro de Investigación para la Mejora de la Salud de la Universidad de Bergen, que afirma que: “*Un estudiante es acosado o victimizado cuando está expuesto de manera repetitiva a acciones negativas por parte de uno o más estudiantes*”⁷³. Es oportuno señalar la definición, en mi opinión muy clara y detallada, realizada por la catedrática de Psicología de la Universidad de Córdoba, ORTEGA RUÍZ, que ha sido entre las primeras a investigar en España sobre el tema de acoso escolar. ORTEGA RUÍZ afirma que se trata de: “una situación social en la que uno o varios escolares toman como objeto de su actuación injustamente agresiva a otro compañero y lo someten, por tiempo prolongado, a agresiones físicas, burlas, hostigamiento, amenaza, aislamiento social o exclusión social, aprovechándose de su inseguridad, miedo o dificultades personales para pedir ayuda o defenderse”⁷⁴.

Las acciones negativas de las que habla OLWEUS, consisten en comportamientos agresivos llevados a cabo por parte de uno o más sujetos. Se pueden individuar los principales caracteres que deben tener estas acciones: deben ser repetidas y ejercidas durante mucho tiempo; deben tener un carácter intencional, una voluntad de hacer daño e infligir dolor a alguien - la mayoría de las veces sin una aparente motivación o sin que la conducta agresiva pueda considerarse una respuesta a un comportamiento provocatorio del acosado⁷⁵-; y, como señala por ejemplo CERZO, las agresiones reiteradas y con un nivel de agresividad en aumento establecen un abuso de poder sistemático entre la víctima y el agresor⁷⁶, o bien debe darse un desequilibrio de poder, una desigualdad entre las partes. En relación con este elemento, con la expresión “desequilibrio de poder” se entiende que los acosadores manifiestan una superioridad de fuerza, que puede ser entendida no solamente como superioridad física, sino también psicológica o social,

⁷³ OLWEUS, D., Acoso escolar: hechos y medidas de intervención, Centro de investigación para Mejora de la Salud, Universidad de Bergen, Noruega, 2007, consultado online:

https://www.researchgate.net/publication/253157856_ACOSO_ESCOLARBULLYING_EN_LAS_ESCUELAS_HECHOS_E_INTERVENCIONES

⁷⁴ ORTEGA, R.: “Violencia interpersonal en los centros educativos de enseñanza secundaria. Un estudio sobre el maltrato e intimidación entre compañeros”, *Revista de Educación*, (1994)

⁷⁵ Así ORTEGA, R., DEL REY, R. y MORA-MERCHÁN, J. en “Violencia entre escolares. Conceptos y etiquetas verbales que definen el fenómeno del maltrato entre iguales”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, agosto 2001, sostienen que: “aquellas agresiones que sí son consideradas como bullying son las que no tienen justificación, son perjudiciales, hirientes, incómodas, y provocan perjuicio psicológico en la víctima, se ejercen con un deseo consciente de lastimar al otro y ponerlo bajo tensión”.

⁷⁶ CERZO, F. (2001) en ENRÍQUEZ VILLOTA, M.F., “El acoso escolar”, *Revista Saber Ciencia y Libertad* Vol. 10 nº1, (2015), p.221

frente a las víctimas, a fin de que no puedan defenderse, se sientan hostigadas, oprimidas y atemorizadas⁷⁷.

Por último, estos actos se realizan siempre en los centros o en el entorno escolar, aunque no necesariamente en horario de clase. Finalmente, para completar la definición de bullying es importante aclarar la diferencia entre el término violencia y acoso, porque muchas veces se han confundido. Un comportamiento violento es una acción u omisión realizada en los centros escolares entre alumnos, o también por profesores hacia estudiantes y viceversa, que puede ser tanto una violencia física como emocional. Es por eso que por ejemplo las peleas o burlas ocasionales entre niños que tienen la misma edad o fuerza no se pueden encuadrar en el concepto de acoso, no existiendo una desigualdad entre las partes.

Al contrario, como afirman en su trabajo GARAIGORDOBIL Y OÑEDERRA, el bullying es una forma específica de violencia escolar entre iguales continuada, en que uno o varios agresores con mayor poder e intencionalidad de causar dolor tiene sometido con violencia a un compañero de colegio (víctima) que es más débil⁷⁸. Para SANMARTÍN la violencia escolar es “cualquier comportamiento dañino que ocurre en el aula, en los alrededores de los centros escolares o en las actividades extraescolares, pero que este comportamiento suele ser ocasional y en cierta manera normal. El acoso escolar es otra cosa, es una forma de violencia escolar extrema, persistente, sistemática, opresiva, intimidatoria y en quien la padece suele causar exclusión social y un gran número de consecuencias negativas. Ésta es la violencia escolar verdaderamente peligrosa”⁷⁹. El acoso puede realizarse tanto con medios físicos cuanto como acoso verbal o social y de forma sistemática y reiterada en el tiempo, con el fin de que en la víctima se genere un estado de indefensión e intimidación⁸⁰.

3.2 TIPOLOGÍAS DE ACOSO ESCOLAR

⁷⁷ CERZO, F. (2001) en ENRÍQUEZ VILLOTA, M.F., “El acoso escolar”, *Op. Cit.* p.221

⁷⁸ GARAIGORDOBIL LANDAZABAL, M. y OÑEDERRA, J.A. *La violencia entre iguales: revisión teórica y estratégica de intervención*, Madrid, Piramide, 2010, p.36

⁷⁹ SANMARTÍN, J, en GARAIGORDOBIL, M. y OÑEDERRA, J.A., *La violencia entre iguales... Op. Cit.*, p.36

⁸⁰ OLWEUS D. Acoso escolar: hechos y medidas de intervención, Centro de investigación para Mejora de la Salud, Universidad de Bergen, Noruega, 2007, Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/253157856_ACOSO_ESCOLARBULLYING_EN_LAS_ESCUELAS_HECHOS_E_INTERVENCIONES

Estas conductas de malos tratos entre iguales se han definido, según el país, mediante varios términos, utilizados de forma equivalente pero que en realidad no tienen el mismo significado: *mobbing* (con el cual, en realidad hoy nos referimos al acoso laboral) y *bullying* (con el cual nos referimos al acoso escolar). El primero en utilizar el término *mobbing*, que tiene su raíz en el vocablo inglés “*mob*” que significa asediar en grupo, hostigar, atacar o regañar, fue el etólogo LORENZ. Con esta locución LORENZ hacía referencia al comportamiento de algunas especies animales, en particular a los pájaros, en los cuales observaba reacciones colectivas y agresivas frente a otras especies similares, que usualmente eran más grandes y enemigos naturales, con el fin de defender el territorio y alejar del grupo a los elementos ajenos. Sucesivamente, el primero en trasladar el término *mobbing* del ámbito etológico al campo de los seres humanos ha sido el psiquiatra sueco HEINEMANN. Este observó también en los niños conductas hostiles que tenían las mismas características del *mobbing* descrito por LORENZ, por lo cual empezó a emplear el término como sinónimo de *bullying*, para referirse a estos comportamientos⁸¹.

Pero el verdadero pionero en las investigaciones profundizadas sobre el acoso escolar ha sido el ya citado psicólogo OLWEUS. Este empezó desde 1973 un estudio sistematizado sobre el fenómeno, tras tres casos de acoso en las escuelas noruegas, que acabaron con el suicidio de las jóvenes víctimas; estudio que culminó en la creación de un programa de prevención de los abusos entre niños (OBPP)⁸², que se sigue empleando en muchas escuelas. Inicialmente se sirvió de la locución *mobbing*, considerando los casos de acoso escolar como una de sus modalidades, pero dicha definición solo incluía y limitaba el fenómeno a las agresiones grupales, dejando fuera los ataques de individuo a individuo. De hecho los estudios llevados a cabo por OLWEUS detectaron que un número muy elevado de casos de acoso entre niños consistían en agresiones de carácter individual y no grupal, por lo cual para dar una cobertura más amplia y superar las limitaciones que causaba la utilización del término *mobbing*, se sustituyó por los vocablos anglosajones “*bully*”, para designar el sujeto que realiza la acción, que en castellano significa matón, y “*bullying*”, para definir su acción, que se emplea tanto en el ámbito científico como en

⁸¹ PALOMERO PESCADOR, J. E., “El bullying y sus raíces. Los malos tratos entre iguales y sus denominaciones: Mobbing, mobbing y bullying (breve recorrido histórico)”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado. Artículo de 10 noviembre 2012*

Disponibil en: <https://aufop.blogspot.gr/2012/11/el-bullying-y-sus-raices-jose-emilio.html>

⁸² El Programa Olweus de Prevención del Abuso (OBPP) previene o reduce el abuso escolar en las escuelas primarias y secundarias. Este programa no es un plan de estudios, sino un programa que ataca el abuso en diferentes niveles tanto en la escuela, como en las clases, con los estudiantes que necesitan ayuda con los problemas del abuso, y en la comunidad. Esto es lo que ocurre en cada nivel. Consultado en la página web www.observatorioperu.com (última visita 18/08/2017)

el cotidiano para hacer referencia a la intimidación, hostigamiento y victimización que se presenta entre pares en las conductas escolares⁸³. Por otro lado, aunque el concepto de bullying ofrece una cobertura muy amplia, incluyendo tanto los ataques colectivos como los individuales, como se señala en el Informe del Defensor del Pueblo sobre Violencia escolar, este “*no abarca la exclusión social como forma agresiva de relación pero, aún con esta limitación, proporciona las características básicas para definir el fenómeno y es este término el que, tras diferentes revisiones a partir de la primera definición de Olweus en 1978, tiene un uso consensuado en la literatura científica que aborda este problema. A menudo se añade al término «intimidación», y el de «exclusión social» para referirse al fenómeno completo de lo que puede designarse en español como «maltrato» o «abuso»*”⁸⁴.

OLWEUS ya desde sus primeros estudios clasificó el bullying en distintas categorías: la principal es la de bullying directo y bullying indirecto. El primero consiste en comportamientos agresivos directos y abiertos a la víctima, y el segundo que consiste en provocar el aislamiento o la exclusión intencional. Pero analizando distintos estudios que se han realizado en los años, (entre otros por autores como AVILÉS, ROJAS Y ZARATE, GARAIGORDOBIL Y OÑEDERRA, CEREZO), se aceptan como formas de bullying más comunes y conocidas: el acoso físico que puede ser directo cuando el sujeto sufre daños contra el cuerpo, como puñetazos, golpes, agresiones con objetos, arrancar el cabello o mordiscos, o indirecto cuando las agresiones se dirigen contra la propiedad, como robar, dañar objetos, votar y romper prendas de vestir⁸⁵; un acoso verbal que en su forma directa consiste en insultar, burlarse continuamente o menospreciar a la víctima delante de todos y en su forma indirecta, que a veces es más difícil de individuar, puede consistir en hablar mal o difundir rumores. Se individua también un acoso social o relacional que puede realizarse con la exclusión directa cuando no se deja participar en alguna actividad o juego al menor víctima o indirecta cuando se ignora o menosprecia a

⁸³ CASTILLO-PULIDO, L. E., El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores. *magis, Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4 (8) Edición especial *La violencia en las escuelas*, (2011) 415-428

⁸⁴ Informe del Defensor de Pueblo “Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria”, Madrid (2000), pp. 27-28 Disponible online: http://www2.uned.es/dpto_pen/delinuencia-juv/documentos/violencia/estudioviolencia.PDF

⁸⁵ OÑEDERRA, J. A., “Bullying: concepto, causas, consecuencias, teorías y estudios epidemiológicos”, XXVII Cursos de Verano EHU-UPV Donostia-San Sebastián. <http://www.sc.ehu.es/ptwgalam/meriales%20docentes%20curso%20verano%202008/1.%20Bullying%20aproximacion%20al%20fenomeno%20Onederra.pdf>

alguien⁸⁶; un acoso psicológico que tiene el objetivo de desvalorizar, humillar a la víctima mediante amenazas para provocar temor, lograr algún objeto, dinero, o simplemente para obligarla a hacer cosas que no quiere ni debe hacer. No obstante, como sostienen GARAIGORDOBIL y OÑEDERRA, es importante señalar que todas las formas de bullying tienen un componente psicológico en cuanto a las repercusiones que tienen⁸⁷. También ha surgido en la última década, con el desarrollo y la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación⁸⁸, un nueva modalidad de acoso escolar siempre más utilizada entre los jóvenes: el ciberbullying o ciberacoso, que será objeto de un análisis más profundizados a lo largo de este trabajo. Concluyendo este apartado, así como se ha evidenciado anteriormente, en analogía al acoso y a los maltratos entre adultos, es posible afirmar que el bullying relacional y psicológico puede provocar más daños que las conductas de bullying físico, causando consecuencias, como depresión, ansiedad, pérdida de autoconfianza, tendencias suicidas o abuso de sustancia, que afectan por toda la vida a quien las padece⁸⁹.

3.3 LA NORMATIVA SOBRE ACOSO ESCOLAR

La dificultad en abordar este fenómeno y en intervenir eficazmente no ha impedido en estos años la formación a más niveles de un marco normativo aplicable para su regulación y prevención. En el ámbito internacional destaca la Convención sobre los Derechos del

⁸⁶ AVILÉS, J.M., en "El maltrato entre iguales (Bullying)" I congreso virtual de educación en valores. Universidad de Zaragoza, (2006), p.46 sostiene que: "este tipo de acoso puede presentarse a nivel verbal con insultos, calumnias, burlas y chantajes, así mismo, con apodos y rumores malintencionados, sobrenombres, humillaciones, insultos, propagación de rumores y exclusión social."

⁸⁷ GARAIGORDOBIL, M. y OÑEDERRA, J.A., La violencia entre iguales" ... *Op. Cit.*, p.40

⁸⁸ En adelante nos referimos a las misma con la abreviación TIC's

⁸⁹ La Asociación Americana de Psicología (APA) publicó en 2014 un informe que sostiene "que los niños emocionalmente abusados y abandonados enfrentan problemas de características similares y en algunos casos peores que los niños que han sufrido abuso sexual o físico." El paper obtuvo los datos del *National Child Traumatic Stress Network Core Data* que cuenta con las historias de vida de 5.616 niños que habían sufrido uno o más de los tres tipos de maltrato: psicológico (abuso emocional o negligencia emocional), maltrato físico y abuso sexual... Y al diferenciar entre los tres tipos de abuso se encontró que el maltrato psicológico tuvo una asociación más fuerte con la depresión, trastorno de ansiedad generalizada, trastorno de ansiedad social, problemas de apego y el abuso de sustancias. <https://www.psyciencia.com/el-abuso-psicologico-seria-igual-o-mas-danino-que-el-abuso-fisico-o-sexual/>.

En un sentido similar se pronuncia el artículo "Maltrato psicológico tan perjudicial como el maltrato físico", *Psicoactiva.com*, se lee: "El maltrato psicológico interfiere con el desarrollo de un niño. Se ha relacionado con trastornos de apego, problemas de desarrollo y educación, problemas de socialización y comportamiento perturbador. Además, los efectos del maltrato psicológico durante los tres primeros años de vida pueden ser particularmente profundos. Aunque hay pocos estudios sobre la prevalencia de maltrato psicológico, varios estudios en Gran Bretaña y los EE.UU. encontraron que alrededor del 9% de las mujeres y el 4% de los hombres declaraban que fueron expuestos a "grave" el maltrato psicológico durante la infancia. El maltrato psicológico tiene una vida útil muy larga, tal como el informe de la APA confirma. Se encontró que los niños que son emocionalmente maltratados y descuidados padecen problemas de salud mental, a veces peores que los niños que son víctimas de maltrato físico o sexual, sin embargo, el maltrato psicológico rara vez se aborda en los programas de prevención o en el tratamiento de las víctimas"

Disponible en <https://www.psicoactiva.com/blog/maltrato-psicologico-tan-perjudicial-maltrato-fisico/>

Niño (en adelante CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 26 de enero de 1990 en Nueva York y entrada en vigor el 5 de enero de 1991⁹⁰. Podemos hacer especial referencia al art. 2.2 en el cual se establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” y el artículo 19.1 que establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo⁹¹.

En el marco de la Unión Europea también se han desarrollado a lo largo de estos años iniciativas y programas, entre los cuales cabe señalar el Programa Daphne que nació en 1997, a través de la Decisión n° 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de enero de 2000; siguió el Programa Daphne II, aprobado en la Decisión n° 803/2004/CE del Parlamento Europeo de 21 de Abril de 2004 y el Daphne III que sustituyó los dos anteriores, aprobado por la Decisión n° 779/2007/CE de 20 de Junio de 2007, todos con el objetivo de prevenir y combatir toda forma de violencia, tanto si tiene lugar en el ámbito público como en el ámbito privado, contra niños, jóvenes y mujeres adoptando medidas preventivas y proporcionando apoyo a las víctimas y grupos de riesgo, incluida en especial la prevención de su exposición futura a la violencia⁹². Actualmente y como consecuencia de los programas Daphne, se ha establecido el

⁹⁰ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

⁹¹ Es interesante añadir también lo establecido en los arts. 3.3, 16, 27.1; 28.2 y 29.1 a),b) del CDN: art.3.3: “Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”; art. 16.1: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”; art. 27.1: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”; art. 28.2 “Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.”; art. 29.1: “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas”.

⁹² Vid. Art. 2 de la Decisión n° 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de enero de 2000.

Programa “*Derechos, Igualdad y ciudadanía*” para el periodo 2014-2020, que sigue con los mismo objetivos específicos de las iniciativas anteriores, y con la finalidad general de garantizar y hacer posible el ejercicio en todo el territorio europeo, y de forma efectiva de la igualdad y de los derechos de todas personas consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE), en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en la Carta y en los convenios internacionales de derechos humanos a los que se ha adherido la UE⁹³.

En el ámbito estatal encontramos en primer lugar una cobertura jurídica en nuestra Ley Fundamental, la Constitución Española, y en distintas leyes estatales. Los artículos de la CE que especialmente nos ocupan son los relativos a los derechos fundamentales de la dignidad (art. 10.1), de la vida, integridad física y moral (art. 15), de la educación (art. 27), y de la libertad y seguridad (art. 17.1). En específico, el derecho a la educación entre sus objetivos tiene el del pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2), finalidad que, como se afirma en la Instrucción 10/2005 de la FGE, es coherente con un sistema que pretende configurar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1). La Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo⁹⁴, de Educación, en su

⁹³ Art. 3 del REGLAMENTO (UE) N° 1381/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de diciembre de 2013 por el que se establece el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» para el período de 2014 a 2020

⁹⁴ La LO 2/2006, de 3 de mayo modificaba, a través de la Disposición final 1° apartado 3, el art. 6 de la anterior Ley Orgánica 8/1985, de 3 de Julio, Reguladora del derecho a la educación. Al art. 6 se añadían los nuevos apartados 1 y el 2, el punto i) al apartado 3 de los derechos básicos de los alumnos y los deberes del alumno en el apartado 4, quedando finalmente redactado así: “**1.** Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y del nivel que estén cursando. **2.** Todos los alumnos tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos. **3.** Se reconocen a los alumnos los siguientes derechos básicos: a) A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad. b) A que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales. c) A que su dedicación, esfuerzo y rendimiento sean valorados y reconocidos con objetividad. d) A recibir orientación educativa y profesional. e) A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución. f) A la protección contra toda agresión física o moral. g) A participar en el funcionamiento y en la vida del centro, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes. h) A recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo. i) A la protección social, en el ámbito educativo, en los casos de infortunio familiar o accidente. **4.** Son deberes básicos de los alumnos: a) Estudiar y esforzarse para conseguir el máximo desarrollo según sus capacidades. b) Participar en las actividades formativas y, especialmente, en las escolares y complementarias. c) Seguir las directrices del profesorado. d) Asistir a clase con puntualidad. e) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado. f) Respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa. g) Respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo, y h) Conservar y hacer un buen uso de las instalaciones del centro y materiales

art. 1k) preveía entre los principios que inspiran el sistema educativo español el de “educación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos, así como la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social”. Dicho apartado ha sido modificado por el art. 1.1 de la Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre de Mejora de la Calidad educativa, añadiendo expresamente el término “acoso escolar”; hecho que puede considerarse como una señal de la creciente preocupación y necesidad de regulación de este fenómeno. Cabe citar también la Ley Orgánica 26/2015 de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica la anterior Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica de los menores. Esta incluye en el capítulo III deberes para los menores en ámbito escolar, familiar y social. Destacar el artículo 9 quater, apartado 2, que recoge, en ámbito escolar, el deber de los menores de “*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*”; y el artículo 11.2.i) que entre los principios rectores de la actuación de los Poderes Públicos prevé “*la protección de los menores contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales... incluyendo el acoso escolar...y cualquier otra forma de abuso*”.

PÉREZ VALLEJO y PÉREZ FERRERO, en su obra, señalan que las nuevas políticas y estrategias legislativas vienen referidas a la consideración del menor como ciudadano y titular de derechos y también de deberes; entre ellos, el respeto de los demás y la no violencia, estaría en el centro de esta política educativa; añadiendo además que es un hecho incontestable que cuando ciertos deberes se incorporan a las normas haciéndolos imperativos es porque existe una quiebra evidente en su cumplimiento⁹⁵.

En ámbito penal, recordando que los protagonistas son casi siempre en ambos extremos menores de edad, hay que hacer referencia a la LO 5/2000, de 12 de enero (en adelante LORPM)⁹⁶ reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Es cierto que esta ley

didácticos.» A día de hoy este artículo ha sido derogado por el número 3 de la Disposición derogatoria única, de la Ley 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

⁹⁵ PÉREZ VALLEJO, A.M., PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Ed. Dykinson, Madrid 2016, p.37

⁹⁶ Vid. Art. 1.1 LORPM: “*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.*”

diseña un modelo de responsabilidad penal y tiene una naturaleza de disposición sancionadora, pero su exigencia primaria es una intervención de carácter educativo-preventivo mediante medidas que logren la reinserción del menor-agresor.

En 2006 se realizó una reforma mediante la LO 8/2006, de 4 diciembre, que para algunos autores han endurecido la LORPM⁹⁷, con la introducción de medidas más represivas. Dicha reforma fue impulsada, según como explica el legislador, por el aumento de la delincuencia juvenil⁹⁸ y la aparición de nuevos fenómenos como el acoso escolar, con el fin de reforzar la protección de las víctimas, teniendo siempre como punto firme el interés superior de los menores⁹⁹.

La citada ley establece medidas judiciales y extrajudiciales para los menores que cometan delitos -como servicios en beneficio de la comunidad o la libertad vigilada-, pero excluyendo las que sólo se pueden imponer a los mayores de edad y que están previstas en el CP (como la prisión). La LORPM no ha tipificado delitos específicos cometidos por menores entre 14 y 17 años, pero esto no impide que se exija a los mismos responsabilidad penal, en supuestos en los que cometan infracciones que encajan y pueden subsumirse en algunos de los hechos delictivos previstos en el CP o en las leyes especiales. JIMÉNEZ DÍAZ señala que hay quien ha propuesto la elaboración de un catálogo de infracciones

En la EM se afirma que: *“han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica... los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores. Encaminado a la adopción de unas medidas que.. fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas...”*

⁹⁷ En este sentido CANO PAÑOS afirma que en el Derecho penal juvenil vigente actualmente en nuestro país coexisten dos modelos de características muy diferenciadas: uno, el original ideado por la LORPM, en el que predominaban los criterios educativos y resocializadores (que se mantiene únicamente para los casos de faltas, delitos imprudentes y delitos dolosos menos graves en los que no concurren determinados factores); y otro, radicalmente distinto, de naturaleza represiva e inculpativa, iniciado con la LO 7/2000 (que, entre otras reformas, aumentó los períodos de internamiento en régimen cerrado inicialmente previstos) y consolidado definitivamente a través de la LO 8/2006 (que amplió los supuestos en los que cabía imponer medidas de internamiento en régimen cerrado; aumentó la duración de las medidas; renunció definitivamente a aplicar la LORPM a los “jóvenes” de entre 18 y 21 años, etc.)

⁹⁸ El legislador utilizó este argumento para justificar los cambios con medidas más represivas, aportados con la reforma. En contra por ejemplo MONTERO HERNANZ afirmó: *“Malas fuentes de información tenía el legislador cuando hizo estas afirmaciones, pues los datos que en 2006 publicaba el Ministerio del Interior sobre la evolución de la criminalidad en España decían justo lo contrario: la delincuencia juvenil estaba disminuyendo y dentro de ella estaban aumentando los delitos violentos”*. En la misma línea HUETE NOGUERAS, Fiscal de Sala y Coordinador de Menores en la FGE, afirmó a finales de abril de 2015 en un periódico de carácter nacional, que *“las cifras de criminalidad asociadas a los menores de edad están estabilizadas, no están aumentando y no son superiores a las de otros países de nuestro entorno”*.

⁹⁹ Vid. Exposición de Motivos, de interés entre las medidas: *“...se añade una nueva medida, semejante a la prevista en el Código Penal, consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez... Se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez. Al mismo tiempo, se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorrogable por otros tres meses”*.

que recoja las figuras penales de posible comisión por un menor, al fin de evitar el recurso al CP. Coincido con la autora la cual se expresa en contra de dicha propuesta, justificando esta posición al decir que “fijar un catálogo cerrado de infracciones penales para los menores implicaría el riesgo de crear lagunas de responsabilidad ante hechos que, si en el pasado no eran objeto de ejecución por menores, en el futuro sí que podrían serlo. El sistema actual es adecuado y proporciona una gran seguridad jurídica, puesto que no deja ningún espacio para la impunidad dependiendo de cuál sea la clase de infracción cometida”¹⁰⁰.

De todas formas, el acoso escolar sigue sin estar tipificado en nuestro CP, hecho que no ha condicionado ni limitado a los tribunales que, para castigarlo, han acudido a otros tipos penales en los cuales encontrara encaje¹⁰¹.

Antes de la reforma de 2015 los supuestos de bullying se encuadraban en el artículo 173.1 CP, de los delitos contra la integridad moral y en el artículo 620.2 CP, en caso de conductas reconducibles a faltas de vejación injusta¹⁰². Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 se sigue haciendo remisión, según la gravedad de los hechos, al art. 173.1 CP o al nuevo art. 172 ter CP. Esta conducta solo podrá castigarse si concurren los requisitos establecidos en el precepto. Según el apartado 3, si se trate de personas especialmente vulnerables por razón de su edad (y los menores son parte de esta categoría), el Juez deberá adoptar aún más medidas contra el acosador. Además, según art. 172.3 ter, en caso de haberse producido amenazas, coacciones o lesiones “se impondrán las penas previstas, sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”. En los supuestos más grave en los cuales el acoso escolar acabe en el suicidio de la víctima- hecho que queda tristemente manifiesto en los recientes casos que han tenido eco en las noticias- se acudirá al art. 143.1 CP. En este se castiga quien induzca al suicidio, siempre que concurren determinados requisitos, a los que se refiere, como se señala en la Instrucción 10/2005, la STS de 5 de mayo de 1988: “*la influencia*

¹⁰⁰ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2015), p.31-32

¹⁰¹ Hay quien pide una expresa tipificación del bullying y cyberbullying, y posiciones en la doctrina que son contrarias a esta excesiva labor de tipificación por parte del legislador, vid. MIRÓ LLINARES F., Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio, *Op. Cit.* pp.72-73

¹⁰² Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con la que se modifica el Código Penal, se suprimieron las faltas, que, como se afirma en el punto I del Preámbulo: “... *históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas – delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.*”

del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción y ... que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión...y de que el crimen (el suicidio en este caso) efectivamente se ejecute”.

Durante estos años se ha plasmado una línea jurisprudencial que fundamenta la remisión de las conductas de acoso escolar al art. 173.1. Al respecto cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo nº819/2002 de 8 de Mayo, para la cual, como señala la Instrucción 10/2005, el delito del art. 173 representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del CP , como delitos contra la integridad moral, y exige para su apreciación que concurren esencialmente dos elementos: infligir a una persona un trato degradante (elemento medial), y que se ocasione un grave menoscabo de la integridad moral (el resultado).

Pero ¿qué se entiende por “trato degradante”? Y, ¿por “integridad moral”? Encontramos un desarrollo de estos dos conceptos en la jurisprudencia. En la STS de 29 de septiembre de 1998 se define trato degradante: *«aquella que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral»*¹⁰³. Dicho trato, aunque por su misma definición debe entenderse reiterado y permanente en el tiempo, puede reconducirse al tipo básico del art. 173.1 también en los supuestos en que sea un acción puntual y aislada. La condición exigida en este último caso para su encuadre en el precepto, según la ya citada sentencia 819/2002 será la apreciación de una intensidad lesiva para la dignidad humana; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

A nivel internacional, la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos afirma 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

¹⁰³ Se pueden consultar también las STS 819/2002, que en su Fundamento 3 dice: *“por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana”;* y la STS 200/2016 que se expresa de la misma manera en su Fundamento Jurídico 2.

circunstancias del caso y de la víctima (STEDH de 18 de enero, de 1978, *caso Irlanda contra Reino Unido*)¹⁰⁴.

En relación con el concepto de integridad moral, se pueden extraer algunas ideas de la STS nº 957/2007, de 28 de noviembre 2007. Se considera que la idea de integridad moral posee un doble reconocimiento, constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177); se trata de una categoría conceptual propia y supone la existencia de un bien jurídico con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor¹⁰⁵. Además, la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. Es esta última la idea que hay que resaltar más, o bien que el concepto de integridad moral, según la doctrina del TC, debe interpretarse desde la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así habla de "sensación de envilecimiento" o de "humillación, vejación e indignidad"¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Se consulte la STEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido, que considera: *"El trato en sí mismo no será degradante salvo que la persona afectada haya sufrido -ya a los ojos de los demás, ya en sus propios ojos- humillación o degradación alcanzando unos niveles mínimos de severidad. Esos niveles deben ser evaluados en relación con las circunstancias del caso"*.

Además, como señalados por la Fiscalía, la STEDH sección 1º de 16 de junio de 2005 (Caso Labzov contra Rusia), con cita de otros precedentes como los casos Labita contra Italia y Valašinas contra Lituania, confirma estas pautas, declarando a este respecto que el art. 3 CEDH consagra uno de los valores esenciales de la sociedad democrática. Prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes. En todo caso, para caer bajo el art. 3 el maltrato debe alcanzar un nivel mínimo de severidad. La evaluación de ese nivel mínimo 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. Idéntico pronunciamiento se contiene en la STEDH sección primera de 2 de junio de 2005 (caso Novoselov contra Rusia). Por tanto, desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH el trato degradante es un concepto esencialmente casuístico, en el que deben tenerse en cuenta todos los factores concurrentes -entre otros, la edad de la víctima- pero que en todo caso debe tener un nivel mínimo de severidad.

¹⁰⁵ La STS 213/2005 de 22.2 nos precisa que: *"De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque. En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad "...menoscabando gravemente su integridad moral..."*", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

¹⁰⁶ El TC no delinea un concepto de integridad moral, pero en dos pronunciamientos, delinea un concepto y unos caracteres de dignidad de la persona humana, que desde entonces se siguen teniendo como referencia. En la Sentencia 53/1985 de 11 de abril, (sobre la Ley de parcial despenalización del aborto) se define: *"la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás."* Y añadir lo que se dice en la STC 120/1990 de 27 de Junio 1990 (sobre huelga de hambre reivindicativa de presos terroristas): *"...la regla del art. 10.1 C. E. implica que, en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona" (STC 53/1985,*

En resumen, desde la doctrina del TC se puede llegar a definir la integridad moral, como señala DIAZ PITA¹⁰⁷, como un derecho complejo, que acogería en su seno conceptos tales como, en sentido positivo, la libre formación de la voluntad, el mantenimiento de la dignidad de la persona, y en sentido negativo, el derecho a no ser sometidos a actos violentos (hasta en su forma más grave de torturas y otros tratos inhumanos y degradantes), y el derecho a no ser sometidos a actos contrarios a esa voluntad libre y a esa dignidad de la que todos estamos investidos como personas.

3.4 EL CIBERBULLYING

Con el rápido desarrollo de las TIC's y el fácil alcance de las mismas por niños de cualquier edad¹⁰⁸, ha aparecido una nueva tipología de acoso escolar: el ciberbullying. El problema, de todas formas, no es tanto que estos medios se utilicen por los menores, ya que en realidad ofrecen muchas ventajas si son aprovechados correctamente, sino que su empleo se realiza cada vez de manera menos responsable y sin la adecuada supervisión de los padres¹⁰⁹.

No hay una definición unánime del fenómeno, ni a nivel internacional ni europeo, pero hubo, en estos años, varios intentos de fijar un concepto claro y uniforme por parte de las organizaciones internacionales, por las instituciones de la Unión Europea y por distintos

fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre...constituyendo... un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

¹⁰⁷ DIAZ PITA, M.M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral” *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, 1997, Vol. XX, p.64 y p.74. Disponible en: <<http://goo.gl/KcSwyy>>

¹⁰⁸ Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) del año 2016, el 81,9% de los hogares españoles tiene acceso a la Red, frente al 78,7% del año anterior. En España ya existen más de 13 millones de viviendas familiares con acceso a Internet. La proporción de uso de tecnologías de información por la población infantil (de 10 a 15 años) es, en general, muy elevada. Así, el uso de ordenador entre los menores es prácticamente universal (94,9%), mientras que el 95,2% utiliza Internet. Por vez primera, el número de menores usuarios de Internet supera al de ordenador. Por sexo, las diferencias de uso de ordenador y de Internet apenas son significativas, como en años anteriores. Además, la disponibilidad de teléfono móvil también se ha aproximado. En 2015 la disposición de móvil en las niñas superaba en más de cinco puntos a la de los niños. En 2016 se ha reducido a 2,1 puntos. La evolución de los resultados según la edad sugiere que el uso de Internet y, sobre todo, del ordenador, es una práctica mayoritaria en edades anteriores a los 10 años. Por su parte, la disposición de teléfono móvil se incrementa significativamente a partir de los 10 años, hasta alcanzar el 93,9% en la población de 15 años. La disposición de móvil aumenta 2,8 puntos respecto a 2015 y crece por tercer año consecutivo. Así, repuntó 3,5 puntos en 2015 y 0,4 en 2014. Disponible en la página oficial: www.ine.es

¹⁰⁹ La Fiscalía Superior de Andalucía pone de manifiesto la importancia que están teniendo las redes sociales (Tuenti, Facebook o Twitter), “como verdaderas plataformas para la comisión de hechos delictivos graves como amenazas y coacciones entre menores que se conocen dentro del círculo escolar”. Y alertan que en estos foros están registrados muchos menores de 14 años, aunque está prohibido; y pese a que se advierte a los padres, “hay una aceptación generalizada respecto a que no hay peligro alguno en estas formas de relación sin control”. Disponible en: <http://www.ideal.es/andalucia/201409/14/fiscalia-valora-progresiva-disminucion-20140914110305.html>

estudiosos. En ámbito internacional, el Informe de 2016 de las Naciones Unidas, sostiene que: *“El ciberacoso puede definirse como un acto agresivo e intencionado llevado a cabo por un individuo o por un grupo empleando medios electrónicos de contacto contra una víctima que no puede defenderse fácilmente. Normalmente suele repetirse y prolongarse a lo largo del tiempo, y caracterizarse por la existencia de un desequilibrio de poder”*¹¹⁰. A nivel europeo, se ha intentado describir el fenómeno en distintas iniciativas¹¹¹, pero el Parlamento Europeo ha pedido más veces una definición unitaria y comúnmente aceptada. De hecho, solo 14 Estados miembros de la UE, como se afirma en el Estudio sobre Cyberbullying del Parlamento Europeo de 2016, han dado una definición oficial de acoso cibernético. España por ejemplo lo define como *“la acción de intimidar a alguien usando medios digitales. Es el daño intencional y consistente ejercido por un menor o grupo de menores a través de la utilización de medio digitales”*.

Entre los estudiosos, el primero en utilizar el término cyberbullying fue el educador canadiense BELSEY, según el cual: *“El cyberbullying implica el uso de tecnologías de la información y de la comunicación para apoyar el comportamiento deliberado, repetido, y hostil por un individuo o grupo, que está pensado para dañar otros”*¹¹². Según SMITH, el cyberbullying es un acto agresivo e intencionado llevado a cabo de manera repetida y constante, mediante el uso de formas de contacto electrónicas por parte de un grupo o de un individuo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente; por WILLARD, directora del centro americano por la utilización segura y responsable de internet, el *cyberbullying* se considera como *“el envío y acción de colgar (sending y posting) textos o imágenes dañinas o crueles en Internet u otros medios digitales de*

¹¹⁰ Vid. Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, Distr. General 5 de enero 2016, punto 60, p.14; Disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10352.pdf>

Anterior definición fue dada por la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2014, 69/158 – Protección de los niños contra el acoso-. En esta se reconoce que el acoso, incluyendo el ciberacoso, que puede expresarse mediante violencia e intimidación, puede tener un efecto potencial a largo plazo sobre el disfrute de los derechos humanos de los niños y consecuencias negativas sobre los niños afectados por el acoso o que hayan participado en él. Además, en la misma línea en la Observación General No.13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se definió de forma indirecta el acoso por internet como una intimidación psicológica por los adultos u otros niños, incluso a través de las tecnologías de la información y la comunicación, como los teléfonos móviles e Internet.

¹¹¹ Así a título de ejemplo, la Comisión Europea, en el Día Internacional de la Seguridad en Internet (2009), definió el acoso cibernético, como acoso repetido verbal o psicológico llevado a cabo por un individuo o un grupo contra otros. En el 8º Foro Europeo de los Derechos del Niño de 2013 se definió intimidación: *“un niño... es víctima de intimidación o víctima cuando otro niño o joven, o grupo de niños, les digan cosas desagradables. También es intimidación cuando un niño o joven está amenazado, envía notas desagradables, cuando nadie nunca habla con el...”*

¹¹² BELSEY, B., “Cyberbullying: A real and growing threat.” *ATA Magazine*, 88 (1), (2007) p.15

Disponible online:

<http://www.teachers.ab.ca/Quick+Links/Publications/Magazine/Volume+88/Number+1/Articles/Cyber+bullying.htm>

comunicación”¹¹³. Es interesante también la definición que proporciona un Informe de Save the Children de 2016: según el cual “el ciberacoso (ciberbullying) es una forma de acoso (bullying) que implica el uso de los teléfonos móviles (textos, llamadas, videoclips) o internet (email, redes sociales, mensajería instantánea, chat, páginas web) u otras tecnologías de la información y la comunicación para acosar, vejar, insultar, amenazar o intimidar deliberadamente a alguien”¹¹⁴.

De todas las definiciones proporcionadas se puede deducir que el *cyberbullying* se considera como un subtipo, una nueva forma de acoso escolar entre menores que presenta elementos comunes con este último, pero con sus propios matices, debidos en gran parte al uso de las TIC’s ¹¹⁵.

Así el ciberbullying, como el bullying tradicional se caracteriza por conductas violentas y desagradables realizadas con la intención de hacer daño o menoscabar la integridad física y moral de la víctima, pero con la peculiaridad que la vía empleada sean siempre los medios digitales o electrónicos¹¹⁶; por un desequilibrio de poder¹¹⁷, puesto que la víctima, en el ciberespacio, no puede defenderse al no conocer muchas veces la identidad de su agresor y no puede eliminar los contenidos de internet o responder de alguna forma a los ataques. Y por último también en el ciberbullying se precia la nota de la reiteración y continuidad de la acción lesiva¹¹⁸, y que las dos partes sean ambas menores de edad. No hay que confundir el *cyberbullying* con el delito de *grooming* u otros delitos de carácter sexual que se caracterizan por ser el agresor un adulto y por tratarse de acciones que tienen como objetivo atraer y engatusar al menor con fines sexuales¹¹⁹.

¹¹³ SMITH, P.K. y WILLARD N., en ASANZA MOLINA, M.I., FLORES VILLACRÉS, E. J y BERRONES MIGUEZ, M.B, “El Cyberbullying y sus consecuencias”, *Revista académica trimestral CCCSS: Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Septiembre 2014, p.3 Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/29/ciberbullying.html

¹¹⁴ SAVE THE CHILDREN, Informe: “Yo a eso no juego. *Bullying y ciberbullying en la infancia*” pp.28-29 (febrero 2016)

¹¹⁵ En sentido contrario se expresa GREENE, M. B. por el cual el ciberbullying es un fenómeno totalmente diferente e independiente respecto al bullying tradicional, al faltar los 3 elementos típicos de este último: conocer al agresor; el desequilibrio de poder; y su realización en el centro escolar.

GREENE, M.B., “Bullying in School: A Plea for Measure of Human Rights”, *Journal of Social Issues*, (2006) pp. 63-79.

¹¹⁶ Al respecto se puede matizar que es la utilización de las TIC’s uno de los elementos que más lo distingue del bullying tradicional. Se trata de una violencia psicológica de tipo indirecto, que excluye las agresiones físicas directas. En consecuencia, como reflexión y mirando a varios estudios realizados se podría afirmar que en la mayoría de los casos estos ataques provocan en los menores víctimas, respecto al acoso tradicional, más daños y trastornos.

¹¹⁷ Este elemento, es entre los más debatidos entre los estudiosos (vid. GREENE), siendo difícil determinar *online* la existencia de dicho desequilibrio entre las partes, sobre todo si se considera que ambas pueden tener conocimientos muy altos en el utilizado de las TIC’s.

¹¹⁸ En este sentido también es necesario matizar que la repetición en el cyberbullying puede consistir tanto en varios actos repetidos en el tiempo, como en una única acción que una vez publicada en la red puede ser vista/leída por la misma víctima y ser accesible y ser compartida por varios sujetos numerosas veces, sin posibilidad de defensa.

¹¹⁹ De acuerdo con esta distinción la autora AFTAB que sostiene que cuando en la situación está implicado un adulto que trata de atraer a niños y adolescentes a encuentros fuera de la Red para llevar a cabo un abuso o explotación

Es interesante también destacar los resultados de dos investigaciones. La primera, de AFTAB, distingue un acoso directo, como el envío de mensajes directos a otros niños o adolescentes; y un acoso indirecto o por delegación (*bullying by proxy*) que implica servirse de otras personas para acosar cibernéticamente a la víctima, con o sin el conocimiento de estos cómplices. Este acoso puede llegar a ser más peligroso por incluir a personas adultas, en la conducta de hostigamiento¹²⁰. El acoso por delegación también se refiere a una situación en la que una persona piratea la cuenta de la víctima y envía mensajes hostigadores a su entorno de amistades y familiares. La segunda, de HERNÁNDEZ PRADOS¹²¹, individúa las siguientes dos modalidades de ciberbullying: el primero que consistiría en una extensión, un refuerzo del bullying tradicional; y una segunda forma de acoso que se desarrolla directamente a través de las TIC's, sin antecedentes en el mundo real, y que puede pasar o no a un sucesivo ataque cara a cara¹²².

En el primer caso será más fácil conocer la identidad del agresor, porque generalmente es el mismo autor del acoso tradicional. La segunda modalidad, aun no derivando de una precedente conducta de bullying cara a cara, presenta elementos en común con esta forma, como se ha expuesto arriba, pero para completar la descripción de este fenómeno es necesario destacar sus caracteres distintivos.

Se pueden señalar las diferencias entre bullying tradicional y ciberbullying, evidenciadas por distintos autores (HEIRMAN Y WALRAVE; LI; YBARRA Y MITCHELL)¹²³. En primer lugar, el *ciberbullying* se caracteriza por una amplia audiencia, ya que al colgar en la red cualquier foto o vídeo con intención de dañar a otra persona hay un número elevado de personas que pueden observar y compartir estos contenidos; el uso de internet favorece

sexual, eso se denomina grooming. En contraposición con ella, las investigadoras KOWALSKI, LIMBER y AGATSTON consideran ciberbullying también las conductas en la que esté implicado un adulto, ya sea víctima o agresor.

¹²⁰AFTAB, P. en GARAIGORDOBIL, M., "Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión", *International Journal of Psychology and Psychological Therapy* (2011), pp-235-236

¹²¹ HERNÁNDEZ, M.A. y SOLANO, I., "Ciberbullying un problema de acoso escolar", *RIED: Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 10, (1), (2007), pp.17-36. Disponible online: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141650.pdf>

¹²² Así las explica en detalle HERNÁNDEZ: "En la primera modalidad, consideramos al cyberbullying como una forma de acoso más sofisticada desarrollada, generalmente, cuando las formas de acoso tradicionales dejan de resultar atractivas o satisfactorias. En este caso el agresor es fácilmente identificable, ya que coincide con el hostigador presencial. Los efectos de este Cyberbullying son sumativos a los que ya padece la víctima, pero también amplifican e incrementan los daños, dada la apertura mundial y generalización del acoso a través de las páginas web. En lo que respecta a la segunda modalidad, son formas de acoso entre iguales que no presentan antecedentes, de modo que sin motivo aparente el niño empieza a recibir formas de hostigamiento a través de las TIC's. En ocasiones, después de un tiempo de recibir este tipo de acoso, el cyberagresor decide completar su obra con una experiencia presencial, dando la cara."

¹²³ Vid. ÁLVAREZ IDARRIAGA, G., "Intervención con adolescentes víctimas de ciberbullying: un abordaje desde el trabajo social." *Revista Trabajo Social Hoy*, nº 74, (2015) pp.80-81

Disponible en: <http://dx.doi/10.12960/TSH.2015.0005>

el anonimato y la sensación de impunidad, un elemento que aumenta la seguridad en la actuación del agresor, aún más cuando actúa bajo falsa identidad¹²⁴.

El anonimato de alguna forma hace sentir menos culpable y menos empático al acosador frente a la víctima, mientras que al contrario genera, en esta última, fuertes sentimientos de miedo, angustia e impotencia frente a una situación en la cual ignora desde quien llegan los ataques y como poder defenderse. Otra peculiaridad que deriva del uso de internet es que la conducta delictiva se puede realizar en cualquier lugar y momento, dado que el ciberespacio está abierto 24 horas al día y la movilidad y conectividad de las TIC's provoca que se traspasen los límites temporales y físicos que antes se producían en la escuela. En consecuencia, la víctima se siente permanentemente expuesta a amenazas e indefensa frente a las vejaciones de su acosador, al no tener tampoco tranquilidad y paz en la intimidad de su hogar. El ciberbullying además es imperecedero, puesto que la red tiene una gran memoria a largo plazo, y siendo todos los contenidos digitales almacenados en los servidores y distintos dispositivos electrónicos. De hecho, las imágenes o videos colgados solo podrán ser borrados a petición de la víctima o autoridad competente. Se destaca también que las TIC's permiten la propagación y difusión de todo tipo de información de forma muy rápida y sencilla y, en fin, en el ciberbullying no es necesario que el acosador prevalezca en cuanto a fuerza física o tamaño ya que el acoso se realiza de forma indirecta, atrás de una pantalla. Lo que es cierto es que este fenómeno, aunque todavía no es la modalidad más frecuente de acoso, por sus peculiaridades puede llegar a causar mayores daños y traumas emocionales de lo que podría provocar el acoso tradicional¹²⁵.

¹²⁴ Se puede añadir la reflexión, que se encuentra recogida en el estudio sobre Cyberbullying del Parlamento Europeo (2016), por la cual: "El anonimato puede intensificar la percepción negativa del acto por la víctima que se siente impotente como resultado de no saber de dónde llega el ataque... Aunque por algunos autores, este mismo elemento podría reducir el desequilibrio de poder al no saber de dónde proviene el ataque, poniendo en una posición superior la cibervíctima respecto a la víctima. Por otro lado, el anonimato percibido por el entorno online anima a los adolescentes a actuar de una forma que no sería la habitual en las interacciones cara a cara...el anonimato puede autorizar a aquellos que son pocos probable que lleven a cabo la intimidación tradicional para perpetrar intimidación online.

¹²⁵ Se lee en el artículo "Educación advierte de que el ciberbullying es "más peligroso" que el bullying" , *Revista online elderecho.com*: "El director general de Evaluación y Cooperación Territorial del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (MECD), José Luis Blanco, advierte que el ciberbullying o ciberacoso es "más peligroso" que el acoso en el que no intervienen las nuevas tecnologías, entre otros motivos, por el "anonimato" del acosador, la "distancia emocional" entre "víctima y victimario" y la "cosificación" de la persona. Así, ha defendido la necesidad de luchar contra dos "tentaciones" que pueden surgir al abordar esta problemática. En primer lugar, ha mencionado la "tentación de minimizarlo y pensar que no es si no bullying con tecnologías". A este respecto, ha avisado de que las nuevas tecnologías "cualifican y hacen más peligroso" el acoso. En segundo término, se ha referido a la "demonización del mensajero" y, en este sentido, ha reivindicado la necesidad de "educar" y no "prohibir" las nuevas tecnologías ni las redes sociales." Disponible en: http://www.elderecho.com/actualidad/Ciberbullying-anonimato-acosador_0_979125036.html

En relación con las formas con la cual se puede producir el ciberbullying se pueden distinguir dos clasificaciones. Una, es la que proporciona BELSEY, según las vías utilizadas para acosar: a través del correo electrónico, a través del móvil con la mensajería de texto o multimedial, de la mensajería instantánea, de las redes sociales, de los blogs, de los chats, o de las páginas webs¹²⁶. La otra clasificación, con la que estoy más conforme, es la contemplada por KOWALSKI y otros, que prevé ocho grupos de ciberbullying, según el tipo de conducta y no de los medios empleados: insultos electrónicos, cuando hay un intercambio breve y acalorado de insultos entre dos o más personas, mediante el uso de las TIC's y que se realiza en e-mails privados o chats públicas; el hostigamiento consistente en envío repetido de mensajes ofensivos, desagradables e insultantes; la denigración, consistente en injurias, difamación online a alguien con el envío de rumores, mentiras; la suplantación de la personalidad, cuando el acosador se hace pasar por la víctima, en la mayoría de los casos utilizando sus datos o claves para acceder a sus cuentas online y enviar así mensajes agresivos, crueles a otras personas para hacer creer que los ha enviado la víctima; la violación de la intimidad o juego sucio que consiste en difundir secretos, informaciones comprometidas o imágenes enviadas al acosador por la víctima a veces de forma voluntaria, o que le han sido sonsacadas; la exclusión, cuando se aparta a alguien intencionalmente de un grupo online o de una red social específica; el ciberacoso que es el envío repetido de mensajes amenazadores o intimidatorios y la paliza feliz o "happy slapping", que se realiza cuando el acosador/es agrede físicamente a la víctima, que al mismo tiempo está siendo grabada para luego colgar el vídeo en la red para que accedan miles de personas¹²⁷. Mediante estas tipologías, que se caracterizan por realizarse siempre mediante las TIC's, la víctima sufre una doble violencia: un maltrato físico y además la humillación de ver difundida en la red esta conducta alcanza no sólo a los amigos y conocidos sino también a todos los usuarios del mundo virtual.

Con respecto al tratamiento penal del *cyberbullying*, no ha sido un impedimento, como por el bullying tradicional, la falta de su expresa tipificación en el CP. La jurisprudencia se ha inclinado por reconducir las conductas de acoso entre menores por internet al tipo penal del art. 173.1 CP, de delitos contra la integridad moral (o al de falta de vejaciones

¹²⁶ HERNÁNDEZ, M.A. y SOLANO, I., "Ciberbullying un problema de acoso escolar", *Op. Cit.*, p.27

¹²⁷ KOWALSKI, R., LIMBER, S. Y AGATSTON, P., en "Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revision" ... *Op. Cit.* p.237

injustas, art. 620, derogado por la LO 1/2015, por lo cual ahora se habla de delito leve de vejación injusta art. 173.4). Para dar una respuesta penal adecuada hay que partir siempre de los bienes jurídicos de los menores afectados por dichas conductas, así de evitar su impunidad. Así que, si además de afectar a la integridad moral se lesionan otros bienes jurídicos como el honor, la intimidad o la libertad, se podrá castigar la conducta, junto con el ataque a la integridad moral, mediante sus respectivos tipos penales¹²⁸.

Los tribunales siguen, en este sentido, el mismo criterio al generalmente aceptado para la calificación del bullying tradicional. Es el bien jurídico de integridad moral el que, cuando hay un acoso de estas características realizado de forma permanente o continuada en el tiempo, se verá afectado y dará lugar, por tanto, a la aplicación del art. 173 CP. Así lo establece claramente la SAP de Ávila 146/2008, de 20 de octubre, que añade que el tipo básico de los delitos contra la integridad moral se aplicará en concurso con los correspondientes tipos penales “de lesiones, amenazas o coacciones incluyendo cualesquiera de las infracciones previstas en los art. 617 y 620 del CP”¹²⁹. En distintas sentencias se exige reiteración y continuidad, para que la conducta se tipifique como delito contra la integridad moral. Esto no quiere decir que frente a un supuesto de *cyberbullying* único y puntal, pero suficientemente grave para afectar a la dignidad e integridad de la víctima, no se permita castigarlo de la misma manera. También un solo episodio de acoso en la red, como colgar una foto, un video puede provocar los mismos daños de una conducta repetida y continuada, ya que los efectos pueden amplificarse, propio por las características de internet y de las redes sociales (pensar que los contenidos publicados quedan fijado a largo plazo en el ciberespacio).

Aunque una conducta de este tipo produzca un menoscabo de la dignidad de la víctima, habrá que analizar si alcanza la suficiente gravedad e intensidad para ser encuadrada en delito contra la integridad moral; en caso contrario solo podrá reconducirse a una vejación injusta de carácter leve que sería atípica excepto en el caso de lo previsto en el art. 173.4 CP¹³⁰. El acoso cibernético puede encuadrarse, a parte del art. 173.1, en distintos tipos penal aplicados también a los casos de acoso tradicional: en los delitos de coacciones y

¹²⁸ Conforme al art. 177 CP: “si 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, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquel ya se halle especialmente castigado por la ley”.

¹²⁹ MIRÓ LLINARES F., “Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio.” *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* (2013) pp.61-75.
Disponibile en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78828864006>.

¹³⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, VALENCIA, 2015, p.161

amenazas; en delitos contra el honor como calumnia e injuria; en los delitos de lesiones o en el delito de inducción al suicidio (art. 143). Por su particularidad de realizarse a través de las TIC's se pueden añadir los delitos informáticos que atentan a la intimidad: el descubrimiento y revelación de secretos o la vulneración de la intimidad de las personas; la suplantación de la identidad; la alteración, destrucción o los daños en datos, programas o documentos electrónicos ajenos; en este tipo delictivo se incluirían conductas como, por ejemplo, los actos de sabotaje contra soportes electrónicos, o la introducción de virus electrónicos para causar daños; o cuando las conductas tengan connotaciones sexuales pueden tener encaje en delitos de pornografía infantil (art. 189). La conducta tipificada en el art. 197 CP¹³¹ (del descubrimiento y revelación de secretos) se caracteriza por una grave lesión de la intimidad personal de la víctima, mediante revelación, difusión o cesión a terceros de imágenes o grabaciones, sin el consentimiento de la persona afectada; y también, desde la reforma de 2015 se ha tipificado el supuesto en el cual inicialmente se haya dado este consentimiento para obtenerlas pero no la ulterior autorización para su divulgación a otras personas¹³², el ya citado el delito de *sexting*¹³³.

Sin embargo, aunque se han evidenciado las distintas posibilidades de calificación jurídica presentes en el CP para castigar el *cyberbullying*, no se debe olvidar que se trata siempre de sujetos menores de edad. Como se señala en la Memoria del año 2015 de la Fiscalía, los casos de violencia escolares tienen por la mayoría carácter leve,

¹³¹ La Reforma mediante LO 1/2015 ha modificado el art. 197, con la siguiente argumentación: "...con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas... Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad. La reforma lleva a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal. Las modificaciones propuestas pretenden superar las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea."

¹³² Con la Reforma de 2015 se ha intentado solucionar una problemática en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos. De hecho, se planteaba frecuentemente un problema en los supuestos en los cuales un menor publicaba en la red o enviaba voluntariamente unas imágenes suyas a otro menor, que sucesivamente este último utilizaba para acosarle. Los Tribunales anteriormente a la Reforma se rehusaban a aplicar el tipo penal del art. 197 argumentando que no se podían tutelar los intereses o bienes jurídicos considerados afectados, si la primera difusión de dichas imágenes había sido realizada por la víctima voluntariamente. Pero en realidad, hay que considerar que una cosa es su voluntad de enviárselas a un amigo, con lo cual se entiende que el consentimiento se ha dado exclusivamente a este destinatario en concreto, y otra cosa es el consentimiento a que las imágenes sean difundidas ulteriormente a otros sujetos de forma pública.

¹³³ Esta figura se ha introducido con la Reforma de 2015 del CP. Se define como la conducta de divulgar imágenes y grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento de la persona afectada, pero sin que ésta haya autorizado la divulgación. No obstante, sostiene Muñoz Conde, que la redacción actual se referiría solo a casos en los que quien difunde la grabación ha participado en la misma.

resolviéndose en parte mediante la vía extrajudicial. Se insiste en que debería comprometerse en realizar una labor de detección y prevención por parte de los centros educativos, así se evitaría la superación de los límites, con resultados tan graves y violentos o finales tan extremos como el suicidio de la víctima, que necesariamente reclaman el uso de la vía judicial penal.

3.5 LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE BULLYING Y DE CIBERBULLYING

A la hora de determinar si el menor acosador responde y según bajo que régimen de responsabilidad lo hace, bien penal y/o civil, es importante tener en cuenta un elemento esencial: la edad que tenga en el momento de la comisión del hecho delictivo y no la que tenga al comienzo o durante el procedimiento judicial, de acuerdo con el art. 5.3 LORPM¹³⁴. Así habrá que diferenciar entre los menores que, en el momento de cometer la conducta de bullying o ciberbullying, tengan menos de 14 años y los que tengan entre 14 y 17 años.

3.5.1 Responsabilidad para conductas de bullying y ciberbullying realizadas por menores de 14 años:

Los menores de 14 años, como establece el art. 3 LORPM¹³⁵, se consideran sujetos inimputables penalmente, aunque hayan cometido un hecho tipificado como delito en el CP, por lo cual no serán de aplicación ni la LORPM, ni muchos menos el CP. Se les podrá exigir solo una responsabilidad civil, con aplicación de las normas sobre protección de menores, previstas en el Código Civil (en adelante CC) y demás disposiciones vigentes. Dicha responsabilidad civil deriva de conductas de acoso, sean o no tipificadas penalmente, y se regirá por las reglas generales propias de la responsabilidad civil

¹³⁴ Vid. Art. 5.3 LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores”.

¹³⁵ Vid. Art. 3 LORPM: “Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”

extracontractual¹³⁶. Así, la víctima podrá exigir la reparación del daño directamente al menor, según el art. 1902 CC¹³⁷ por responsabilidad civil directa o por hecho propio, o como establece el art. 1903 CC, en alternativa por responsabilidad por hecho ajeno: “*los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*”¹³⁸. *Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos, o con ocasión de sus funciones. 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*”. Sobre esta cuestión, las autoras PÉREZ VALLEJO y PÉREZ FERRER, se han preguntado si los menores de 14 años pueden efectivamente responder civilmente de forma directa, ex art. 1902 CC, interrogándose si a esta edad es posible apreciar “culpa civil” o bien si hay la capacidad de “discernir entre el bien y el mal y comprender que significa socialmente causar daño a otro”. Nuestro ordenamiento jurídico para poder exigir la imputabilidad del daño exige la capacidad de culpa, o bien una mínima madurez intelectual y volitiva, que se considera existente desde los 14 años, pero que habría que evaluarse por los tribunales cuando se trate de menores de 14. Las citadas autoras, son partidarias en considerar que en esta franja de edad es difícil tener una capacidad de culpa civil¹³⁹ y una facultad de

¹³⁶ Este tipo de responsabilidad se configura como extracontractual puesto que entre el acosador o acosadores y el acosado no existe relación contractual previa alguna, tratándose además siempre de culpa in vigilando de las personas o entidades que en el desarrollo de los hechos estuvieran obligados a velar por el menor acosado y de no adoptar las medidas exigidas por el deber de vigilancia propio de la diligencia de un buen padre de familia. Además, es una responsabilidad indirecta, que tiene carácter patrimonial por lo cual se supone que el menor por su condición no será quien repare el daño, sino otros terceros como padres, tutores, centro docente. Tiene carácter solidario pudiendo exigirse la completa satisfacción de la deuda o el total cumplimiento de la obligación de cualquiera de los deudores, sin perjuicio de los ajustes o acciones de repetición que procedan en el ámbito de las relaciones internas. Y por último es casi-objetiva dado que los posibles terceros responsables podrían exonerarse si acreditan que se actuó de una manera diligente a diferencia del régimen de responsabilidad civil ex delicto en la que sólo cabe la moderación, pero nunca la exención de responsabilidad.

¹³⁷ Art. 1902 CC: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

¹³⁸ En relación con la responsabilidad de los padres, para entender mejor esta obligación legal, se puede citar la STS, Sala de lo Civil, nº 234/2000, de 11/03/2000, Rec. 1922/1995: “*resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de casi-objetiva que procede, aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho (...) Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad*”.

¹³⁹ Vid. “*Recensión a Pérez Vallejo, A.M. y Pérez Ferrer, F., Bullying, ciberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño, Dykinson, S.L. Madrid, 2016*” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* nº14, diciembre 2016. En sentido contrario se expresa en dicha recensión la Profesora PAÑOS PÉREZ: “*Dada la precoz iniciación en el uso de internet por parte de los menores, actualmente se podría rebajar la edad de*

discernimiento para poderse exigir una responsabilidad directa y aunque fuera así, “por lo que cabría co-demandarle junto al Centro docente o a sus padres, debido a su presumible insolvencia, estas demandas suelen tener carácter excepcional o residual”¹⁴⁰. De todas formas, cabe la posibilidad para los padres, tutores o titulares de los centros docentes, de eximirse de responsabilidad, si prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (art. 1903.4 CC).

Con respecto a esta franja de edad, en 2016 han emergido datos preocupantes en España, según los cuales han aumentado los menores acosadores o ciberacosadores que tienen menos de 14 años, y también una bajada en la edad de las víctimas, que suelen ser aún más pequeñas, con edad incluida entre 7 y 11 años¹⁴¹. Esta realidad supone que una significativa cantidad de menores con edad inferior a 14 años, aunque sean responsables de conductas delictivas no responderán penalmente, y no resultará de aplicación la LORPM, ni el CP, sino sólo se le podrá exigir un resarcimiento de los daños sufridos en la vía civil. Este dato podría considerarse como una de las posibles razones por la cual parte de la doctrina y algunos sectores sociales, insisten periódicamente en pedir la rebaja de la edad mínima de imputabilidad, o que al menos se establezca un sistema de excepciones en el cual sean los tribunales a determinar cada vez si el menor es imputable o no¹⁴². Pero si las peticiones de reforma del derecho penal juvenil se basan simplemente

madurez legal civil hasta los 12 años; edad a la que ya podrían ser conscientes de sus propios actos y de las repercusiones de los mismos, teniendo en cuenta además que, tal y como hemos señalado, el acoso escolar es más acusado entre los menores de entre 7 y 10 años de edad.”

¹⁴⁰ PÉREZ VALLEJO, A.M, PÉREZ FERRE, F., *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Op. Cit. pp. 161-162

¹⁴¹El II Estudio sobre *bullying* y *ciberbullying* revela que en 2016 se ha reducido la edad media del acosado a los 10,9 años (desde los 11,6 años del informe previo), que sigue afectando en una proporción muy similar a chicos y chicas y aumenta considerablemente el número de víctimas de siete años o menos (14,25, frente al 8,7% del estudio previo). La edad media de la víctima de *cyberbullying* es de 13,5 años (frente a los 10,9 años de la víctima de acoso físico). Y esta violencia a través de medios tecnológicos afecta más a chicas que a chicos, en una proporción de 7 a 3 (mientras que en el acoso físico el porcentaje por sexos está más igualado). Más de la mitad de los agresores en el *bullying* presencial son varones (55,7%) con una edad media de 11 años, ligeramente inferior a la del informe previo. Como en el caso de las víctimas, crece el porcentaje de casos de acoso con agresores con una edad inferior a los siete años (15,7% frente al 7,8% del análisis anterior). En la mayor parte de los casos (86,8%) los acosadores suelen ser de la misma clase que el acosado. En el *ciberbullying*, sin embargo, entre los acosadores suele haber más presencia de mujeres, que actúan mayoritariamente en grupo, que tienen una edad media de 13,8 años y que en el 89,1% de las ocasiones pertenecen a la misma clase que la víctima. Consultado online: <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2017/04/INFORME-II-ESTUDIO-CIBERBULLYING.pdf>

¹⁴² Las franjas de edad en distintos países: Suiza, 7 años; Escocia, 8 años; Inglaterra y Gales, 10 años; Turquía, 11 años; Bélgica no exige responsabilidad penal hasta los 18 años (aunque en algunos supuestos permite someter a un régimen penal a mayores de 16 años). En una vía intermedia, se sitúan el resto de países europeos, aunque entre los mismos también encontramos límites diversos: 12 años (Irlanda y Holanda); 13 años (Francia, Grecia y Estonia); 14 años (Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Georgia, Hungría, Italia, Lituania y Rumanía); 15 años (Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Noruega, República Checa y Suecia); 16 años (Portugal). España se sitúa en el medio, estableciendo una edad ni excesivamente baja, ni alta. Datos extraídos de la tabla recogida en OLMEDO GÓMEZ, J.: “¿Es necesaria la rebaja de la edad penal de los menores a los 12 años en nuestro país?”

en la idea de intervenir frente a supuestos, que de todas formas son casos aislados, en los cuales los autores de delitos graves sean menores de 14 años, (como el reciente caso en 2015 del agresor “de la ballesta” que ha matado a un profesor)¹⁴³, no sólo se estaría cuestionando el importante principio del interés superior del menor -que siempre debe guiar cualquier modificación en este sentido- sino también se atentaría al principio de intervención mínima propio de nuestro Derecho Penal. El legislador, en la EM de la LORPM, decidió excluir a los menores de 14 años de la aplicación de dicha ley “con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes los ámbitos familiar y asistencial civil para darles una respuesta igualmente adecuada, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”.

Pero, según JIMÉNEZ DÍAZ, el fundamento correcto de esta decisión no hubiera tenido que ser lo que ha expuesto el legislador en la EM, sino que dicha opción, que es de tipo político-criminal, se hubiera tenido que tomar con base en “las características subjetivas del sujeto afectado por ella, en tal sentido, adoptando como punto de referencia el todavía escaso nivel formativo o educativos de los menores”¹⁴⁴. Así, el límite mínimo para exigir la imputabilidad fijados a los 14 años, pese a las críticas de parte de la doctrina que pide su rebaja parece ser la elección más adecuada, si se considera por un lado que el menor que ha realizado la enseñanza básica obligatoria ya ha adquirido una formación esencial y una determinada madurez mental que le permiten entender y discernir sus acciones, y

(<http://www.prodeni.org/Justicia%20y%20menores/Art%20de%20Joaquin%20Imedo%20sobre%20la%20rebaja%20de%20la%20edad%20penal%20de%20los%20menores%20a%20los%20doce%20a%C3%B1os.htm>)

¹⁴³ El caso del menor de 13 años que mató a un profesor en el Instituto Jaume Fuster de Barcelona ya está en manos de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (DGAIA). El juez que investigaba los hechos archivó la causa penal por ser el preadolescente inimputable según establece la Ley del menor y descartarse la implicación de otras personas que pudieran ser procesadas. En un auto, el titular del Juzgado de Instrucción 24 de Barcelona, Josep Majó Llopart, también denegó la autorización a los Mossos d'Esquadra para investigar el contenido del ordenador portátil de la familia para intentar encontrar pistas sobre el ataque... El aparato había sido requisado en un registro que se efectuó en el piso donde el menor vivía con sus padres. El juez declinó la petición de los Mossos por el mismo motivo por el que archiva la causa: el juzgado no tiene competencia para continuar con la vía penal y se descarta la intervención de 3º personas mayores de edad en la muerte del profesor. Majó, sin embargo, considera que “todo apunta a que el causante de la muerte del profesor” fue el menor. El magistrado recuerda que el Código Penal establece que cuando el autor de los hechos es menor de 14 años no se le exige responsabilidad penal y “se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil”.

Extraído de un artículo de EL PAÍS, del 5/05/2015

https://elpais.com/ccaa/2015/05/05/catalunya/1430832649_636574.html

¹⁴⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores.” *Op. Cit.*, pp. 15-16

por el otro que la fijación de un límite mínimo, con base a un criterio cronológico permite otorgar una mayor seguridad jurídica¹⁴⁵.

3.5.2 Responsabilidad para conductas de bullying y cyberbullying realizadas por menores entre 14 y 17 años:

En este supuesto el menor puede ser imputable penalmente y civilmente. En el ámbito penal, el menor que, entre 14 y 17 años, cometa un hecho delictivo que encuentre encaje en algún tipo penal del CP o de leyes especiales, será considerado responsable penalmente, siempre que no concurran causas eximentes o extintivas, si bien le aplicarán las medidas propias de la LORPM, en virtud del art. 1.1 y 5.1 LORPM¹⁴⁶, y no las previstas para los adultos en el CP. De entre de esta franja de edad, se distingue a su vez si el menor tiene entre 14 y 16 o si tiene entre 16 y 18 años, con la finalidad de establecer para cada uno de ellos diferencias en la duración de las medidas (artículo 10 LORPM), lo que en palabras del legislador se justifica “por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado”¹⁴⁷.

Con respecto a las medidas previstas en el art. 7 de la LORPM ha surgido un debate sobre su naturaleza. El legislador en la EM predica una naturaleza “formalmente penal” pero materialmente sancionadora-educativa de la Ley, así como de las medidas aplicables a los infractores. Comparto la posición de JÍMENEZ DÍAZ que estima más correcta la opinión de aquellos autores que, mayoritariamente, consideran que las medidas de la LORPM tienen naturaleza penal, lo que constituye la única postura coherente teniendo en cuenta las argumentaciones a la base de la opción de afirmar la naturaleza penal de la Ley que las recoge¹⁴⁸. Entre los autores a favor de esta tesis cabe citar a MUÑOZ CONDE y

¹⁴⁵ En relación con el criterio elegido para fijar la edad mínima en España, el legislador ha optado, por política criminal y por una mayor seguridad jurídica, por el criterio biológico, frente a otras posibilidades como el criterio mixto o el criterio psicológico puro. El criterio consiste en establecer un límite de años, a partir de los cuales se considera que una persona puede ser responsable penalmente de un hecho ilícito y antijurídico, sin tener que examinar por cada caso, si el menor tiene capacidad de discernir y ser consciente de sus acciones.

¹⁴⁶ Vid. Art. 1.1 LORPM: “ Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.”

Y art. 5.1 LORPM: “Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal”

¹⁴⁷ JÍMENEZ DÍAZ, M.J., *Op. Cit.*, p. 12

¹⁴⁸ Se puede leer en el art. de JÍMENEZ DÍAZ que: “La doctrina penal española mayoritaria patrocina la naturaleza penal de la LORPM, con argumentos lo suficientemente sólidos como para considerar acertada esta postura, de entre los que resulta destacable el carácter supletorio del CP y de las leyes penales especiales en lo no previsto expresamente en la misma, según dispone su Disposición Final Primera. Argumentos que, además, se consolidan con

GARCÍA ARÁN quienes estiman que, aunque en la LORPM se emplee el nombre de medidas, dichas sanciones deben ser consideradas dogmáticamente como penas, ya que no se basan en la peligrosidad del menor, sino en su culpabilidad, aunque esa culpabilidad presente algunas peculiaridades¹⁴⁹. Como afirma JÍMENEZ DÍAZ, las medidas recogidas en el art. 7 de la LORPM son sanciones penales, aunque su finalidad prioritariamente educativa las haga gozar de una naturaleza *sui generis* que las distingue de las penas previstas para los adultos, lo que por cierto no hace sino reflejar de forma paralela la especificidad de la responsabilidad de los menores que, aun siendo penal, presenta marcadas diferencias con la exigida a dichos delincuentes mayores¹⁵⁰.

En dicha ley se puede exigir también responsabilidad penal a los profesores o a los responsables de los Centros Escolares y a los padres, tutores o acogedores. En el primer caso se podrán considerar responsables penalmente los profesores o responsables del centro escolar que hayan tenido conocimiento de las conductas de acoso -tanto si se lo ha manifestado la misma víctima, como si no, y que no hayan prestado auxilio, no hayan aplicado ninguna medida para bloquear dicha situación o no hayan denunciado los hechos a las autoridades. Concretamente estos sujetos podrán ser imputados de dos formas: o por la comisión de un delito por omisión, por denegación de auxilio, ex. Art. 412.3º CP¹⁵¹, o por comisión del delito tipificado en el art. 450 CP, que establece que será castigado quien “pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgos propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual”. Podrían hasta considerarse, si concurrieran los presupuestos requeridos por los distintos tipos penal y siempre en la modalidad de comisión por omisión (art. 11 CP¹⁵²), autores de los delitos de lo que sea acusado el menor o como sus

base en la propia denominación que recibe la Ley y con las explicaciones manifestadas en su Exposición de Motivos, en la que el legislador reconoce en varias ocasiones que la responsabilidad exigida por la Ley al menor es “penal”.

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 365

En sentido contrario se puede citar la opinión de BUENO ARÚS que estima que las medidas de la LORPM “no son penas, ni medidas de seguridad, ni medidas cautelares de naturaleza discutible”, ni tampoco “consecuencias accesorias, según el estúpido término adoptado por el CP de 1995”, sino que son “medidas pedagógicas o correccionales, por llamarlas de una forma inteligible sin perderse en las trampas del sistema”

¹⁵⁰ JÍMENEZ DÍAZ, M.J., *Op. Cit.*, p. 22

¹⁵¹ A efectos legales se consideran “autoridad”, por lo cual se puede aplicar el art. 412.3º CP: “La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a presta algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evita un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado...”

¹⁵² Art. 11 CP: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometido por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. B) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

cómplices, cooperadores o encubridores. Pero en la práctica, como sostienen PÉREZ VALLEJO Y PÉREZ FERRER, aunque en muchas ocasiones es cierto que los centros tengan conocimiento y casi aquiescencia de casos de acoso sufrido por los alumnos, es difícil apreciar dicha responsabilidad penal.

A este propósito comparan dos sentencias que podrían hacer reflexionar sobre un posible y positivo cambio interpretativo por parte de los tribunales¹⁵³. En 2012, los padres de un menor, víctima de acoso escolar, habían solicitado la condena de la Directora y de algunos tutores del centro escolar, como autores por comisión por omisión de un presunto delito de lesiones y contra la integridad moral. El Juzgado de Instrucción absolvió los acusados así que los padres de la víctima presentaron un recurso ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, en la Sentencia de 25 de julio de 2012, se pronunció en la misma línea, desestimando el recurso por considerar que para ser condenados por un delito por comisión por omisión el Colegio hubiera tenido que conocer la situación de acoso, hecho que no resultó probado. Pero recientemente se ha dado una interpretación contraria al considerarse la posibilidad de condenar al Centro Escolar por un delito por comisión por omisión. El Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 9 de febrero de 2016, revoca el sobreseimiento acordado por Auto de 2 de diciembre de 2015, del Juzgado de Instrucción nº 4 de Cáceres ordenando la continuación de las actuaciones, por si los hechos pudieran constituir un presunto delito contra la integridad moral, imputable a las querelladas, en la modalidad de comisión por omisión¹⁵⁴. Con referencia a la responsabilidad penal de padres, tutores, acogedores se podrán aplicar las mismas reglas expuestas arriba por los Centros educativos, al considerar estos sujetos responsables no por los hechos delictivos de sus hijos, sino por no haber tenido la diligencia debida, no haber controlado la situación y si tenían conocimiento de los actos que se estaban produciendo no haber actuado para evitarlos.

Finalmente, podrá exigirse una responsabilidad civil según si el ilícito que ha causado el daño y en que se subsume la conducta delictiva, está o no tipificado penalmente, elemento que determinará el régimen jurídico aplicable y el orden jurisdiccional aplicable (civil,

¹⁵³ PÉREZ VALLEJO, A.M., PÉREZ FERRER, F., *Op. Cit*, pp. 113-114

¹⁵⁴ El Auto dice: “Corresponde y es deber de la institución escolar detectar estas situaciones e intervenir de manera eficaz, máxime si se tiene conocimiento de que los hechos podían venir sucediendo desde tiempo atrás, y la reacción del afectado resulta netamente sintomática de ello, al expresar que no podía aguantar más ese estado de cosas... El dolo en los delitos de comisión por omisión consiste en el conocimiento de la situación de riesgo capaz de producir el resultado y la determinación de no poner los medios para impedirlo, infringiendo la obligación legal de actuar que le corresponde al autor en función de su posición de garante del bien jurídicamente protegido”.

penal de menores o contencioso). A pesar de la dificultad que presenta este tema, se diferencian dos situaciones: que la conducta del menor se enmarque en una actuación ilícita o que no. Para los supuestos en que la conducta del menor infractor, de edad comprendida entre 14 y 17 años, no revista carácter de ilícito penal, al tratarse de responsabilidad civil extracontractual se aplicarán los art. 1902 (por responsabilidad directa y por hecho propio del menor) y 1903 CC (por responsabilidad por hecho ajeno, de los padres, o también de los centros escolares).

La víctima de acoso puede decidir si ejercer la acción para exigir la responsabilidad civil, cuando el daño derive de un ilícito penal o en la jurisdicción civil, reservando la acción, o ejercerla junto con la acción penal, en el proceso penal especial de menores regulado por LORPM. En el primer caso habrá que regirse por las normas del CC, con aplicación del art. 1903 si se exige responsabilidad a los padres o a los centros escolares determinando si y quien tenga la *culpa in educando* o *culpa in vigilando*; o en los supuestos en los que el menor sea emancipado o se trata de menor que lleva una vida independiente podrá aplicarse el art. 1902 para exigirle una responsabilidad directa por sus acciones, ya que no está más tutelado por la patria potestad.

En el segundo caso, si la acción se ejerce por la vía penal habrá que hacer referencia al nuevo régimen introducido en la LORPM en los art. 61 a 64. Así, según el art. 61.1, “la acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el MF, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo... o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, y el procedimiento se tramitará como pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.2 LORM) y sin efecto de cosa juzgada, como en uno posterior. El art. 61.3 establece que responderán solidariamente con el menor infractor sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho, añadiendo que “cuando éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”. En esta formulación, no se incluyen entre los responsable civiles los Centros escolares, como se hace en el art. 1903.5 CC. Pues señalan PÉREZ VALLEJO Y PÉREZ FERRER¹⁵⁵, que dicha omisión ha planteado la duda de si el legislador, en la reforma de la LORPM, se olvidó de incluirlos expresamente o si se trata de una laguna legal. La doctrina ha

¹⁵⁵ PÉREZ VALLEJO, A.M., PÉREZ FERRER, F., *Op. Cit.*, pp. 198-199

respondido en sentido negativo, como por ejemplo MORENO MARTÍNEZ¹⁵⁶ o DÍAZ ALABART, y estas posiciones han quedado plasmadas en la Instrucción 10/2005 de la FGE en la cual se afirma: “*La omisión de la LORPM no debe interpretarse en el sentido de que se reserve la acción civil para su ejercicio en exclusiva contra las personas expresamente señaladas en el precepto...la interpretación que deberán defender los Sres. Fiscales es la de que los Centros Docentes también pueden ser demandados con tal carácter en la pieza separada de la LORPM*”.

Una vez analizado el régimen de responsabilidad penal y civil de los menores se pueden hacer unas consideraciones. Respecto a la responsabilidad penal, en España, se puede observar que la línea guía en su regulación ha sido la tutela del interés superior del menor y la idea que siempre debe tenerse en cuenta que se trata de menores de edad, que, a pesar de poder ser autores de un delito, no pueden sancionarse de la misma forma que a los adultos. La prioridad no debe ser sancionar, sino conseguir la recuperación del menor, “curar” al infractor desde una doble vertiente: el propio individuo (y las personas de su entorno), procurando que se arbitren los mecanismos psicológicos y socioeducativos que permitan modificar las carencias o excesos que le han llevado a conductas antisociales y, por otra parte, actuar según el interés del menor supone igualmente hacerlo en favor de la sociedad en la que vive, si se recupera para una vida alejada de la delincuencia también se ve favorecida la población en la que vive al perder un elemento perturbador de la convivencia pacífica. El interés del menor es también el interés del bien común¹⁵⁷. Así que las medidas tienen que ser enfocadas en la prevención de dichas conductas y en la reeducación y reinserción en la sociedad.

Es verdad que en principio la LORPM ha sido elaborada según esta filosofía, pero como señala JIMÉNEZ DÍAZ, las sucesivas reformas operadas sobre la misma, sin embargo, han supuesto un progresivo alejamiento de la misma, mediante la incorporación de un creciente endurecimiento punitivo que resulta más propio de un sistema represivo basado en un modelo de prevención general-seguridad ciudadana, que del inicialmente planteado,

¹⁵⁶ Según MORENO MARTÍNEZ, J.A., “Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos” (al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid 2000, citado por PÉREZ VALLEJO Y PÉREZ FERRER: “en modo alguno, pues la intención del legislador fue la de incluirlos, aunque sin mayores precisiones, dentro de la denominación guardadores de hecho. Si bien, entendida ésta, no en un sentido técnico, sino vulgar por ser quienes en ese momento ejercen funciones de guarda por delegación de sus padre y tutores”.

¹⁵⁷ BLANCO BAREA, J.A., “Responsabilidad Penal del Menor: Principios y Medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal español”, *Revista de Estudios Jurídicos* nº 8, 2008, pp.8-9

fundamentado en postulados de carácter preventivo- especiales y educativos. Ello no es sino un reflejo de la evolución que en general está sufriendo el Derecho penal español que, acentuando su tendencia expansiva, se va acercando peligrosamente al modelo del Derecho penal de la seguridad ciudadana o securitario, tal y como demuestran las reformas penales realizadas en nuestro país en los últimos años¹⁵⁸. Y esto es lo que ha sucedido con la reforma mediante la LO 8/2006 que ha endurecido las medidas, atribuyendo un valor más represivo a la LORPM.

Dichas reformas de carácter más represivo se han justificado por el legislador, por el aumento de la delincuencia juvenil, siendo, como sostiene MONTERO HERNAZ, el tratamiento que los medios de comunicación han hecho de algunos delitos cometidos por menores, la razón por la cual en la sociedad española ha calado la imagen de que la delincuencia juvenil está creciendo de forma rápida y sin control¹⁵⁹. Las críticas que se han elevado lo han sido para culpar a la LORPM a la que se achaca un tratamiento excesivamente “blando”¹⁶⁰. Es precisamente en los últimos años, en los cuales han venido a la luz casos muy violentos protagonizados por menores de edad, que se ha planteado si se debería actuar de forma diferente frente a estas situaciones, reformando en manera radical nuestro sistema penal juvenil o previendo sanciones más graves. HUETE NOGUERAS, Fiscal de Sala y Coordinador de Menores en la FGE, afirmó a finales de abril del 2015 en un periódico de carácter nacional, que “las cifras de criminalidad asociadas a los menores de edad están estabilizadas, no están aumentando y no son superiores a las de otros países de nuestro entorno”. Partiendo de que el delito, como comportamiento desadaptado, nunca podrá ser completamente erradicado ni entre los adultos ni entre los menores y que, por tanto, el Derecho penal y el Derecho penal juvenil siempre serán necesarios, se pronuncia a favor de que este último debe ser empleado como ultima ratio, potenciando la finalidad de reinserción de los menores porque éstos disponen de más posibilidades de ser recuperados para la sociedad¹⁶¹. El Fiscal sostiene que “es necesaria la reflexión, evaluación y estudio como prius a la introducción de cualquier modificación en una cuestión tan trascendental como es la del

¹⁵⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *Op. Cit.*, p. 33

¹⁵⁹ Este autor afirma que “malas fuentes de información tenía el legislador cuando hizo estas afirmaciones, pues los datos que en 2006 publicaba el Ministerio del Interior sobre la evolución de la criminalidad en España decían justo lo contrario: la delincuencia juvenil estaba disminuyendo y dentro de ella estaban aumentando los delitos violentos”

¹⁶⁰ MONTERO HERNAZ, T.: “La delincuencia juvenil en España en datos”, *Quadernos de criminología: Revista de criminología y ciencias forenses*, nº 9, 2010, p. 15

¹⁶¹ HUETE NOGUERAS J. J., (26 abril de 2015), *Ante la delincuencia juvenil*. El Mundo

Recuperado de: <http://www.elmundo.es/opinion/2015/04/26/553d2db4268e3e6f7c8b457c.html>

tratamiento penal del menor, de forma que en el Derecho penal juvenil, las reformas deben restringirse a los supuestos estrictamente necesarios y deben acometerse con sosiego y tras un intenso estudio y trabajo de campo bien documentado que evalúe el impacto de las medidas aplicadas, lo que implica que la alarma generada por hechos aislados no puede convertirse en elemento determinante para acometerlas¹⁶². Comparto totalmente la línea argumentativa expuesta, así como la idea que debería respetarse siempre y en primer lugar el principio de mínima intervención del derecho penal, según el cual este actuaría como última ratio, y habría que trabajar más en una estrategia de prevención y de educación de los jóvenes.

Esta labor debería llevarse a cabo en parte por los centros escolares, que son el ambiente donde más actos de acoso escolar se realizan y donde se concentra gran parte de la formación de los jóvenes. Pero también sería necesaria la colaboración y el compromiso de los padres, tutores etc. que tienen buena parte de la responsabilidad y que, con el rápido incremento del fenómeno del *cyberbullying*, deberían supervisar con más atención a sus hijos, puesto que buena parte de estas conductas se realizan fuera del ámbito escolar, en el propio hogar, donde el menor puede ser actor o víctima de actos de hostigamiento y presiones.

Con respecto a la responsabilidad civil, la conducta de acoso o ciberacoso produce también un daño efectivo que nadie tiene obligación de soportar, por lo que nace la correspondiente responsabilidad civil que puede exigirse a los padres, tutores, acogedores del menor infractor o a los Centros docentes y Administraciones y que se distingue, como se ha expuesto, según regímenes jurídicos y órdenes jurisdiccionales distintos, en un entramado muy complejo a lo que se ha añadido ulterior dificultad mediante la previsión de un tercer sistema en la LORPM (art. 61 a 64) distinto del previsto en el CC y CP. La responsabilidad civil, prevé el resarcimiento y compensación de distintos daños: los daños materiales y patrimoniales que puedan haber sufrido la víctima y sus padres y que son los que se pueden calcular con más facilidad. Pero este tipo de conducta provoca sobre todo daños físicos o psíquicos y morales que son de difícil concreción por parte de los tribunales, que han intentado, en estos años, dar soluciones para cuantificarlos.

¹⁶² HUETE NOGUERAS en JÍMENEZ DÍAZ, M.J., *Op. Cit.*, p.35

IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA DE BULLYING Y CIBERBULLYING

A continuación, se proponen distintas sentencias para analizar como los tribunales se han pronunciado en los supuestos de acoso escolar y ciber acoso escolar. El presente análisis se ha hecho siguiendo un criterio cronológico.

Cabe analizar en primer lugar la sentencia del famoso caso de Jokin, porque, aunque no ha sido el primer caso de acoso escolar, ha sido pero el primero en tener un alcance mediático en España. Desde entonces se ha comenzado a estudiar detenidamente el fenómeno y buscar soluciones para luchar contra el mismo.

El acoso escolar en los casos más graves puede acabar con el suicidio de la víctima, por lo cual cabría la posibilidad de condenar al acosador por el delito de inducción al suicidio (art. 143.1). Pero en la actualidad, aunque han sido varios los casos que han tenido este triste epílogo, no hay condena de parte de los tribunales por dicho delito. Resulta labor muy compleja probar el nexo causal entre el acoso y la muerte por suicidio de la víctima, ya que los tribunales exigen específicos requisitos para poder aplicar el precepto.

1. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 1009/2005 de 15 de julio*

Esta sentencia tiene como objeto el recurso contra la ST núm. 86/2005 de 12 de mayo. El Juez del Juzgado de Menores condenó por las repetidas conductas de acoso (que incluían agresión física como empujones, puñetazos, patadas etc..) a los ocho jóvenes por delito contra la integridad moral, y a cuatro de ellos por falta de lesiones, absolviéndolos de la acusación de inducción al suicidio por no concurrir el dolo directo.

Con respecto a la condena por delito contra la integridad moral la Sala se pronuncia de la forma siguiente: “...el delito contra la integridad moral del art. 173 permite el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la

integridad moral. Son conductas, estas últimas, de trato degradante, que en su individual consideración no son calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral y que tienen cabida en el precepto. Por tanto, los actos de violencia psíquica de escasa gravedad, que en su consideración aislada darían lugar a la falta de vejación injusta del art. 620, una vez acreditado que se vienen produciendo en forma reiterada, como expresión de un clima de violencia psíquica habitual, habrán de ser encajados en el delito del art. 173". Añade que: "Este delito de trato degradante requiere para su apreciación... de «la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante"), y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral"). Por trato degradante habrá de entenderse «aquél que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral...». Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana. Este comportamiento lo hemos visto descrito en los ocho menores y además en los ocho porque los actos de hostigamiento que han efectuado hacia Jokin son actuaciones en grupo no aisladas."

Mientras que en relación la falta de lesiones afirma que "ha sido considerada como una infracción independiente al delito contra la integridad moral, por tener entidad suficiente".

Con respecto a la acusación por inducción al suicidio, el tribunal absolvió a los acusados justificando que: "La inducción al suicidio prevista y penada en el art. 143 del CP requiere una colaboración, una prestación coadyuvante que ofrezca una cierta significación y eficacia en la realización del proyecto que preside a un sujeto de acabar con su propia existencia, es decir, una conducta por parte del sujeto activo de colaboración prestada a la muerte querida por otra persona, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma, de tal modo que sea el propio suicida el que tenga en todo momento el dominio del hecho, o sea, el sujeto activo no haga otra cosa que cumplir la voluntad libre y espontáneamente conformada y expresamente formulada por quien en todo momento decide finalización o desiste (STS, entre otras, 23/11/94 [RJ 1994, 8870]); requisitos que no se aprecia ni indiciariamente que concurren en el caso enjuiciado. En cualquier caso, ha de insistirse en que la

inducción, para ser tal, en atención a lo dispuesto en el artículo 28.a) del CP, ha de ser directa y ejercerse sobre el psiquismo de un ejecutor material determinado, debiendo ir dirigida, además, a la realización de una infracción penal concreta. La jurisprudencia del TS la define como una autoría material en el ejecutor y otra autoría intelectual por parte del instigador, dolosa inducción en cuanto directa (a un determinado hecho) y dirigida a otro (determinada persona). El inducido no ha de haber resuelto alternativamente la ejecución del hecho delictual, sino que ello ha de ser consecuencia de la excitación influenciante del inductor, sin que ello signifique que previamente aquél haya de ser indiferente al hecho, o que no pueda apreciarse algún otro factor confluyente o adherido, siempre de estimación secundaria, en la determinación delictiva del agente. La inducción implica que la persona influida o instigada, además de adoptar la resolución ejecutiva del hecho antijurídico, entre en la fase realizadora del mismo, cualquiera que sea el grado alcanzado en ella» (doctrina, la expuesta, que tiene su reflejo en las sentencias de 12 de abril 1986, 8 de febrero 1988, de 12 de mayo de 1992 y de 12 de marzo de 1994). Por su lado la sentencia de 5 mayo 1988 hablando de la inducción señala: «Se realiza cuando alguien mediante un influjo meramente psíquico, pero eficaz y directo, se convierte en la causa de que otro u otros resuelvan cometer un delito y efectivamente lo cometan, lo que quiere decir: a) Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que (previamente) no estaba decidido a cometer la infracción. b) Que la incitación ha de ser intensa y adecuada de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado. c) Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto. d) Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute» (en el mismo sentido SSTs 23 de mayo de 1985, 16 diciembre 1989, 12 noviembre 1991 y 11 junio). Así las cosas, es evidente que no concurren en el presente supuesto los requisitos del tipo aludido por la acusación particular, puesto que se requiere un dolo directo en el inductor a la consecución del hecho criminal y, en modo alguno estos ocho menores en su comportamiento hacia Jokin, basado en insultos, agresiones y vejaciones, pensaron que su compañero iba a tomar esta trágica decisión. Bajo ningún concepto ni elemento de prueba de los analizados en la vista podemos concluir que ninguno de los ocho menores, tan siquiera en su actuación grupal que es la que les hacía más fuertes y despiadados, ha sido inductor a la muerte de Jokin.”

La Sentencia fue recurrida en apelación ante la AP de Guipúzcoa, para pedir por los acusados la revocación y absolución de los delitos y faltas. La defensa de la víctima pidió en cambio la revocación para que la Sala se pronunciase condenando a los autores no solo por delito contra la integridad moral sino también por el delito de lesiones psíquicas (art. 147.1 CP). Frente al debate entre las partes sobre una condena por concurso de delitos¹⁶³, la Sala decidió estimar en parte el recurso, manteniendo la absolución por delito de inducción al suicidio, revocando la condena por falta de lesiones, pero condenando a siete de los acusados por delito contra la integridad moral y por delito contra la salud psíquica en concurso real; y al octavo menor por delito de maltrato de obra.

Con las conductas de acoso escolar aparte de atentar a la integridad moral, es posible que se produzcan daños o lesiones a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, así que como establece el art. 177 CP, podrán condenarse estos hechos separadamente y con la pena que corresponda por los delitos cometidos. En la siguiente sentencia, de la AP de Málaga, se puede observar la condena por distintos delitos, en concurso, a parte del delito contra la integridad moral.

¹⁶³En el F. de derecho 4º hay dos posiciones contrastadas sobre el concurso de delitos “la representación procesal de los padres de la víctima sostiene que se inaplicado el artículo 147.1 CP... siendo preciso, a la luz de lo dispuesto en el artículo 177 CP sancionar a los menores, a modo de concurso real, como autores de un delito de trato degradante y un delito de lesiones”. Contrariamente “el MF y la defensa de los menores acusados defienden la existencia del concurso de normas, sosteniendo que el delito contra la integridad moral absorbe el desvalor asignable al delito de lesiones”. La Sala de la AP, en un análisis de la cuestión y de la jurisprudencia sobre este tema afirma que “el marco concursal de los delitos contra la integridad moral y los delitos contra la salud viene definido en el artículo 177 CP. Reseña este precepto: «*Si en los delitos descritos en los art. precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les correspondiere por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley*»”. “El precepto garantiza la autonomía y valoración independiente de la lesión de la integridad moral frente a los otros atentados a bienes penales, excluyendo las reglas del concurso de Leyes. La consideración del delito contra la integridad moral como una figura penal autónoma, dotada con sustantividad propia y no entendida como mera agravación de otras conductas, en atención la singularidad del bien jurídico protegido (la inviolabilidad personal), permite, tal y como se establece en el artículo 177 CP, una sanción independiente cuando la conducta enjuiciada menoscaba el derecho a ser que asiste a toda persona y, además, lesiona de forma significativa su salud psíquica...A modo de conclusión: el precepto excluye que la relación entre los delitos contra la integridad moral y contra la salud se rija por las reglas del concurso de Leyes, estimando que la convivencia entre los delitos referidos debe enmarcarse en el concurso de delitos (así STS de 5 de junio de 2003). De esta forma se confiere autonomía al bien jurídico de la integridad moral mediante la valoración autónoma de la lesión de la integridad moral y de los delitos que afectan, entre otros, a la salud de las personas”.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 8º, núm. 452/2009 de 16 de septiembre¹⁶⁴

Los hechos enjuiciados: dos de las acusadas, Monserrat y Socorro realizaron distintas conductas de acoso contra una compañera, Lorena, como empujarla, propinarle diversos golpes y amedrentarla con pegarle a la salida del colegio, mientras que la tercera menor acusada, Rosana, en estas ocasiones, consintiendo lo que hacían sus compañeras y de acuerdo con las mismas grababa la agresión en un teléfono móvil, grabación que después envió a otros alumnos. Un día en clase llegaron hasta a prender fuego a la mochila de la víctima. Como consecuencia de los hechos acaecidos, Lorena sufrió contractura muscular cervical, contusiones y erosiones de las que sano a los 10 días, siete de los cuales estuvo impedida para realizar sus ocupaciones habituales y habiendo requerido una sola asistencia facultativa. Además, debido al trato recibido de las menores expedientadas padece trastorno adaptativo con ansiedad que persiste como secuela y del que se encuentra en tratamiento farmacológico y psicológico, requiriendo además tratamiento psicoterapéutico específico.

Las menores, en la Sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Málaga, fueron condenadas al resultar las mismas autores de una a) una falta de lesiones del artículo 617 CP, b) un delito de lesiones psíquicas del artículo 147 CP, c) un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP, d) un delito de encubrimiento y revelación de secreto del artículo 197 CP, y e) una falta de daños del artículo 624 CP, de las que es autor Montserrat por los delitos a), b) y c), Socorro por los delitos a), b), c) y e) y Rosana por los delitos a), b), c) y d)¹⁶⁵.

En el recurso que se interpuso ante la AP, la defensa de Monserrat, denunció error en la apreciación de las pruebas practicadas en el plenario, con vulneración del derecho a la

¹⁶⁴ Disponible en: <https://discentius.com/wp-content/uploads/2016/09/SAP-Ma%CC%81laga.pdf>

¹⁶⁵ Otra sentencia que se puede citar es la SAP de Cantabria de 25 de mayo de 2012 en la cual se enuncia el acoso llevado a cabo por algunas niñas, que habían comenzado a acosar y hostigar a una compañera del mismo colegio. Como consecuencia de este constante acoso, los padres de la víctima la cambiaron de escuela, pero las acosadoras logran conocer dicho cambio y bajo instigación directa de éstas, mediante terceras personas que ellas conocían, continuaron el acoso, agresiones físicas y psíquica a la menor. Publicaron también fotos de la víctima, con alusiones directas en redes sociales como Tuenti, con amenazas, insultos, e incluso alusiones al Juzgado y a la denuncia. La resolución que dictó la AP de Cantabria acordaba continuar el expediente en relación con la comisión de un presunto delito del art. 173 CP, argumentando que en ese caso se encontraban «ante una situación prolongada en el tiempo, realizada presuntamente por varias menores, con un objetivo común: acosar y hostigar a otra menor».

tutela judicial efectiva pues, según su parecer, lo único que quedó acreditado en dicho acto fue el incidente acaecido el día 28 de septiembre de 2007, y antes de esa fecha no existió ningún conflicto entre Monserrat y Lorena , por lo que ni existe la habitualidad que exige el art. 173.1 del CP, ni Montserrat pudo tener nada que ver en la producción de las lesiones psíquicas que la denunciante presentaba. Frente a ello la Sala indicó que “en el relato de hechos probados de la sentencia dictada en primera instancia no se hace referencia a hechos ocurridos antes del 28 de septiembre de 2007, sino que relatan unos sucesos que se iniciaron precisamente en tal fecha y que se prolongaron hasta el 7 de noviembre del mismo año, y en cuanto a la participación de Montserrat en los mismos, aparte de la agresión que llevó a cabo el primero de los días, se consideró acreditado también que a partir de entonces, de común acuerdo, continuaron con su actitud de acoso hacia Lorena.. todo lo cual provocó en la perjudicada un trastorno adaptativo con ansiedad que precisa tratamiento farmacológico, psicológico y psicoterapéutico específico”. Se trató, por otra parte, de una acción concertada entre las menores aludidas que, con independencia de la intervención que cada una de ellas pudo tener en los hechos concretos que llevaron a cabo, actuaban de común acuerdo con el mismo propósito, lo que conforme a la doctrina de la coautoría hace que todas ellas deban responder en idéntica medida fin de las consecuencias dañosas derivadas de su acción.

La sentencia recurrida, respecto de los hechos ocurridos el 28/9/07, tuvo en cuenta las manifestaciones de la víctima, de Rosana y Socorro y las de la propia Montserrat admitiendo haberse dirigido a aquella, agarrándola de los pelos. Y en cuanto a los demás incidentes la declaración de Lorena fue muy expresiva, convincente y reiterada en el tiempo, relatando con detalle cómo desde el principio de curso Montserrat y su amiga comenzaron a acosarla.

En segundo lugar interpuso recurso la defensa de Rosana, pidiendo la absolución por la falta del art. 617.1º CP por no haber quedado acreditado que participara en la agresión del 28 de septiembre, motivo que la Sala acogió, afirmando que “del relato de hechos probados que se recoge en la sentencia de instancia, se deduce que la intervención de Rosana en esta agresión fue -aparte de grabar la pelea con su móvil- la de "consentir" lo que hacían Montserrat y Socorro , conducta omisiva que no tiene cabida en el concepto de autoría del art. 28 del CP, por más que pudiera conocer lo que sus amigas iban a llevar a cabo”. En cuanto a los delitos, la defensa de Rosana denunció la indebida aplicación de los art. 147, 197 y 173.1 del CP, tanto por razones fácticas como jurídicas. La Sala, a la

vista del contenido del acta del juicio ha modificado en parte el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, llegando a la conclusión de que la intervención en los hechos de Rosana fue de menor entidad que la llevada a cabo por las otras encausadas, y que no se ha acreditado que se hubiese concertado con Socorro y Montserrat para someter a Lorena al comportamiento vejatorio y humillante que se describe en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

Pues, como señala la Sala “Rosana no puede ser considerada autora de la falta del art. 617.1 del CP, puesto que no tuvo intervención activa en el acometimiento sufrido por la perjudicada el día 28 de septiembre. Pero estimamos que tampoco se ha acreditado su participación en los delitos de lesiones psíquicas del art. 147, ni en el delito contra la integridad moral del art. 173.1, ambos del CP. En cuanto al primero de los delitos, el informe médico forense obrante al folio 269 de las actuaciones concluye que la secuela consistente en trastorno adaptativo en tratamiento farmacológico y por psicólogo es secundario a la agresión sufrida el día 28 de septiembre, en la que, como se dijo, no tuvo intervención Rosana, y tampoco consta que, una vez reintegrada al Colegio tras cumplir los 15 días de expulsión que se le impusieron, colaborara con Socorro y Montserrat en la persistente actitud de acoso que éstas llevaban a cabo, por lo que no es posible atribuir a Rosana participación alguna en la producción de las lesiones psíquicas. Y lo mismo se puede decir del delito contra la integridad moral, que por su naturaleza y requisitos exigibles no puede cometerse por quien tan solo consta que con su móvil grabó la agresión sufrida por Lorena, y la difundió a terceros. Este hecho, sin embargo, sí está plenamente acreditado. La sentencia no alude a la difusión que tuvo posteriormente, al parecer, en una cadena de televisión, y que puso ser favorecida por Lorena al facilitar una copia a unos periodistas (así lo manifestó en su declaración ante el Fiscal). El delito del art. 197 del CP en este caso viene constituido por la captación de unas imágenes que formaban parte de la intimidad de la víctima y de su derecho a la propia imagen, sin su consentimiento, y su posterior distribución entre terceras personas, y estas acciones las llevó a cabo Rosana. Así lo manifestó en el plenario su amiga Socorro, de cuya sinceridad no hay razón alguna para dudar, habiendo manifestado la misma ya en su declaración sumarial que, después de grabar la escena, Rosana la pasó por bluetooth desde su terminal telefónica a otros compañeros de clase, habiendo quedado enervada, por ello, la presunción de inocencia que amparaba a esta menor.

Así la Sala desestimó el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Montserrat , y estimando parcialmente el interpuesto por la defensa de Rosana , ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores nº 2 de Málaga el día 11 de noviembre de 2.008, revocó en parte dicha resolución, absolviendo a Rosana de la falta de lesiones y de los delitos de lesiones y contra la integridad moral que se le imputaban, imponiéndole, como autora de un delito del art. 197 del CP, la medida de nueve meses de libertad vigilada con asistencia a taller de control de impulsos y con la prohibición de acercarse o comunicarse con Lorena durante dicho periodo.

En la proxima sentencia que se presenta, las conductas delictivas se encuadran en el delito de revelación y descubrimiento de secretos, con referencia al art. 197, como en el supuesto anterior donde ha sido condenada por dicho delito la menor Rosana. Hay que considerar que se trata de sentencias anteriores a la reforma de la LO 1/2015. En la sentencia de la AP de Málaga y en la que se propone, se sanciona la conducta del que *“para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha...”*¹⁶⁶. Por lo tanto, como subraya MENDOZA CALDERÓN, no se cometería este delito cuando la foto se ha obtenido con consentimiento de la víctima, o sin que exista el elemento subjetivo del injusto dirigido a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la otra persona¹⁶⁷. Es precisamente para suplir a la falta de tipificación para los casos en los cuales fotos o grabaciones se hayan obtenido con el consentimiento de la víctima, pero sin autorización por su sucesiva difusión a terceros, que en la reforma de 2015 se ha introducido el delito de sexting (art. 197.7 CP).

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 7/2010 de 29 de enero:

Los hechos enjuiciados son los siguientes: un menor, llamado Íñigo, "colgó" en el portal de Tuenti de Internet, una fotografía de la víctima, Alberto, con comentarios humillantes invitando a los compañeros y amigos a hacer comentarios desagradables, respondiendo

¹⁶⁶ Vid. Art. 197.1 CP

¹⁶⁷ MENDOZA CALDERÓN, S. "Seminario de especialización para la intervención letrada ante la jurisdicción de menores. Análisis de las nuevas formas de acoso a menores: La persecución penal de conductas de ciberbullying, grooming, sexting y stalking", *Op. Cit*, p.12

estos en los días siguientes con expresiones despectivas y de mofa tales como "axo, es más pesao este zagal que no se calla ni debajo del agua", "si me lleva la cabeza que parece un bebedero de palomas", "es que eres feo de charkeles", "que feo eres, madre", "ese es el chaquete de toda la vida".

La Sentencia del Juzgado de Menores n.1 de Murcia, nº 276/09, condenó el menor Íñigo por un delito de revelación y descubrimiento de secretos (art. 197 CP), estableciendo como medida, ya que no queda probado que la conducta era continuada y reiterada en el tiempo, la de "tres meses de tareas socioeducativas orientadas al correcto uso de las nuevas tecnologías y a prevenir el uso inadecuado de las mismas".

Destacar que el art. 197 CP, no protege el bien jurídico de la integridad moral sino la intimidad, y, de hecho, en el pronunciamiento del Juez, se absuelve Íñigo por delito contra la integridad moral.

Se presentó recurso por parte de la defensa del condenado, contra la sentencia dictada, argumentando que "en la conducta del apelante no concurre ni dolo genérico, al no proponerse generar al menor Alberto daño alguno, ni tampoco dolo específico, al no invadir la esfera de privacidad e intimidad de la persona que aparece en la imagen". Pero en respuesta la AP, en el Fundamento 2º de la citada sentencia afirma que: "El recurrente no sólo difunde la imagen de un condiscípulo en un portal de acentuada exposición mediática, sino que dirige una invitación expresa a compañeros y amigos para que formularan comentarios sobre él, que no tardaron en aparecer, siempre en tono desafortunado y despectivo. Admitió el recurrente en juicio, conocer que Alberto se cambió de colegio el año pasado, en el 2º trimestre". Por lo cual sí que se considera existente dolo en la conducta de Íñigo y se desestima el recurso, confirmándose la resolución del Juzgado de Menores de Murcia.

Conforme a la jurisprudencia del TS¹⁶⁸, en relación con los elementos que conforman el concepto de atentado a la integridad moral, se expresa la Sala, en la siguiente sentencia, afirmando que para apreciar el delito del art. 173.1 CP, debería darse una cierta permanencia en el comportamiento acosador o, al menos repetición; si bien, ello no sería

¹⁶⁸ Vid. STS. 294/2003, de 16 de abril y 213/2005 de 22 de febrero

obstáculo para que se apreciase este delito por medio de una conducta única, siempre que en ella se apreciara una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su calificación delictiva¹⁶⁹.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, núm. 355/2010 de 21 de octubre¹⁷⁰

Los hechos enjuiciados ven el acoso llevado a cabo por algunos menores que en distintas ocasiones insultaron, se burlaron y actuaron de forma violenta y degradante contra la víctima, Cipriano. Siendo conductas repetidas durante el curso, Cipriano puso estos hechos en conocimiento de los profesores del centro. El último episodio fue durante el último curso escolar en el que coincidieron en dicho IES, cuando como consecuencia de repetidos insultos a Cipriano, este intentó defenderse, pero fue agredido por sus acosadores y sufrió distintas lesiones, siendo atendido en el centro de salud de Montanejos y precisando 10 días no impositivos para la curación de sus lesiones y requiriendo únicamente una primera asistencia facultativa. Cipriano bajo consejo del centro de secundaria acudió a varias sesiones de consulta de un Psicólogo, pero no aguantando más la situación al final fue cambiado de centro educativo.

La condenada consistió en que los menores autores y responsables del acoso fueran castigados por un delito contra la integridad moral, con la imposición de la libertad vigilada por 8 meses y la obligación de los padres de indemnizar a la víctima, por responsabilidad civil directa, por los daños físicos y morales derivados de las conductas de los acusados. Frente al recurso contra la resolución, la AP se opuso, y lo desestimó al considerar que: *“...se relatan como probados una serie de hechos prolongados en el tiempo- desde el curso 2006-2007- que integran el delito por el que viene condenado el recurrente. En efecto, la burla casi cotidiana de que hacían objeto al denunciante...en un contexto de hostilidad evidente que llegó a conocimiento de quienes dirigían el centro escolar, culminó el 15 de abril de 2008 con la agresión cometida por otro encausado, que fue jaleada por el recurrente. Es evidente pues que tan continuado comportamiento, supuso un trato degradante, que hubo de humillar a la víctima y causarle un indudable*

¹⁶⁹ MENDOZA CALDERÓN, S., “Seminario de especialización para la intervención letrada ante la jurisdicción de menores. Análisis de las nuevas formas de acoso a menores: La persecución penal de conductas de cyberbullying, grooming, sexting y stalking” Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 10 de marzo de 2016, p. 4

¹⁷⁰ Disponible online: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-355-2010-ap-castellon-sec-1-rec-597-2010-21-10-2010-11290601>

sufrimiento psíquico, con entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de un delito contra la integridad moral de la víctima, del art. 173 del CP, por implicar, sin la menor duda, un menoscabo grave de la integridad moral de la misma”.

La jurisprudencia del TS, por otro lado, admite que se condene por delito contra la integridad moral, art. 173, también en supuestos en los cuales se aprecie la comisión de una conducta única y aislada, con fundamento en que si la misma tiene suficiente gravedad para integrar los demás elementos del tipo (el ánimo de humillar y el efectivo padecimiento), no es necesario que sea reiterada y continuada en el tiempo. Como ejemplo, se propone una sentencia que pone de manifiesto la línea jurisprudencial asumida al condenar por delito contra la integridad moral, en vez de falta de vejaciones (después de la Reforma de 2015 se habla de delitos leves), a pesar del requerimiento específico de los requisitos para condenar por dicho delito, entre los cuales está la apreciación de una pluralidad de actos, realizados de forma continuada y persistente en el tiempo.

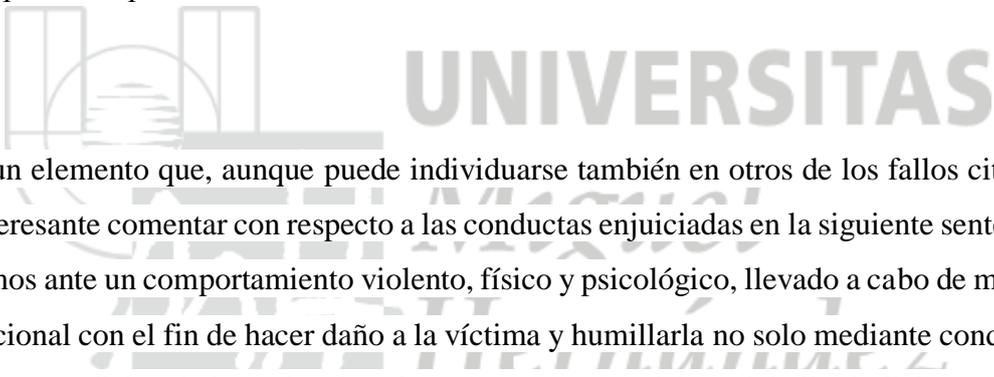
5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, núm. 23/2011, de 26 de enero¹⁷¹

Los hechos enjuiciados: un grupo de menores atormentó a otro menor con minusvalía psíquica del 44%, obligándole a correr cuesta arriba con los cordones de las zapatillas atados y grabándolos con el teléfono para colgarlo luego en *Youtube*. En un primer momento el Juzgado de Menores nº 1 de Algeciras, con fecha 30 de marzo de 2010, dictó sentencia condenando a las partes por falta de vejación injusta. El MF sucesivamente interpuso recurso de apelación, al que se adhirió la acusación particular, contra dicha sentencia, sosteniendo que “la personalidad y especial vulnerabilidad de la víctima del expediente de autos, merece un mayor reproche penal, en el sentido de que se califique como delito y no solamente como una falta”. La AP, en acuerdo con esta posición afirmó que: “cabe colegir que el actuar de los menores encartados, fue efectivamente grave y revelador de un ánimo seguro de desprecio a la víctima, quien sufrió un perjuicio muy grave, pues no sólo se mofaron de aquél en el acto, sino que lo publicaron en Tuenti y *Youtube*, portales donde la repercusión es

¹⁷¹ Disponible online: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-23-2011-ap-cadiz-sec-4-rec-57-2010-26-01-2011-1781041>

obvia y justo entre personas de su edad, lo que implica un plus de antijuricidad que exige calificar por el delito del art. 173.1 CP , que no por una simple infracción liviana, gravedad objetiva que lógicamente se traduciría en la imposición de una medida más severa... Igualmente, el daño moral sufrido por el menor perjudicado, que ha llegado al parecer a abandonar el centro escolar, y que ha sido víctima de la mofa de sus compañeros, consideramos que debe fijarse prudencialmente en la suma de 3.000 € (TRES MIL EUROS) tal y como plantea el Ministerio Público”.

Así el recurso ha sido estimado y se ha revocado parcialmente la sentencia al “considerarse el hecho constitutivo de un delito contra la integridad moral, y no de una falta... imponiendo a cada uno de los tres menores la medida de libertad vigilada durante UN AÑO y prohibición de comunicarse con la víctima mediante cualquier medio por igual tiempo, debiendo fijarse en 3.000 € (TRES MIL EUROS) la suma a indemnizar en concepto de responsabilidad civil”.



Hay un elemento que, aunque puede individuarse también en otros de los fallos citados, es interesante comentar con respecto a las conductas enjuiciadas en la siguiente sentencia. Estamos ante un comportamiento violento, físico y psicológico, llevado a cabo de manera intencional con el fin de hacer daño a la víctima y humillarla no solo mediante conductas de acoso tradicional sino además reforzados por actos típicos del ciberbullying. Así, en el caso concreto que se expone a continuación, el hecho de haber grabado la agresión difundiendo posteriormente por *Whatsapp* se encuadra en una de las modalidades de ciberbullying: el *happy slapping* o paliza feliz. Esto es prueba además que se puede considerar reiterada y se puede condenar una conducta no solo cuando consista en varios actos repetido y persistentes en el tiempo sino también cuando se realice a través de una sola acción, como en este caso la difusión de un video, que tiene consecuencias aún más gravosas al ser muy difícil controlar su alcance y visibilidad una vez que se ha lanzado en la red.

Este ejemplo, junto a muchos otros que encontramos en la actualidad confirman la idea que el ciberbullying puede ser un refuerzo, una extensión en el ciberespacio del bullying tradicional; así que en estos casos no deberá valorarse, a la hora de juzgar, la entidad del acoso o el ataque a la dignidad teniendo en cuenta separadamente lo ejecutado en cada

uno de los ámbitos, sino la posible afectación de la dignidad moral que se puede producir por la unión de todos ellos¹⁷².

6. Sentencia del Juzgado de Menores de Granada número uno, 148/15, de 25 de septiembre

Los hechos enjuiciados: una menor ha sido víctima de acoso mediante insultos y actos humillantes por parte de otras cinco menores, que se metían sobre todo con su apariencia física. Días después de estas conductas la víctima recibió un mensaje conciliador por WhatsApp de parte de una de sus acosadoras en el que se la citaba para poner fin a esta situación (aunque la menor había hecho saber en el Instituto, y había convenido con las otras compañeras propinarle una paliza). Cuando la víctima acudió a la cita acabó siendo agredida física y verbalmente por dos de ellas. Esta agresión además fue grabada en video con el móvil por otras dos para ser posteriormente difundida a través de WhatsApp, multiplicando el dolor y vergüenza de la niña y para seguir mofándose de ella. El video difundido por *Whatsapp* llegó hasta los familiares de la víctima que denunciaron los hechos. Como resultado, la víctima sufrió heridas consistentes en contusiones en la columna vertebral y tirón del pelo, que precisaron de una asistencia facultativa y dos días de curación sin incapacidad y sin secuelas.

Las niñas fueron acusadas de delito contra la integridad moral, art. 173.1. y de delito de faltas de lesiones del art. 617.1 CP (aunque desde la reforma ya no se puede hablar de faltas que han sido derogadas); y fueron condenadas por los mismos ya que se declararon culpables conformándose con la medida solicitada por el MF. Como se afirma en la misma sentencia: “nos encontramos ante unos hechos constitutivos de un Delito contra la Integridad Moral, puesto que se lleva a cabo sobre otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. Asimismo, se lleva a cabo una falta de lesiones. La lesión es un acto o hecho que afecta a la integridad corporal o la salud física o mental. En este sentido la Sentencia del Alto Tribunal de 3 noviembre 1992 (RJ 1992/8875) apuntó que un cierto resultado ha de ser exigible..., ya que el propósito de menoscabar la integridad o la salud ha de ir acompañado de un “algo físico”, ha de ir acompañado de una lesión mínima que requiera la asistencia y/o tratamiento, concepto, el de tratamiento en que estriba el elemento diferencial entre las diversas infracciones. En el presente caso a tenor del resultado y de la gravedad de las lesiones ocasionadas queda

¹⁷² MIRÓ LLINARES, F., Op. cit. p.67

perfectamente encuadrada la conducta de las menores en el tipo descrito por el MF como falta...”.

Por último, se propone el análisis de una sentencia reciente, que pone en evidencia uno de los casos de acoso escolar más graves de los perpetrados en la provincia andaluza de Jaén en los últimos años¹⁷³. En dicha sentencia, posterior a la reforma de 2015, se condena por delito contra la integridad moral, art. 173.1 CP y por el nuevo delito de sexting del art. 197.7 CP. Pues, con respecto a este último, se sanciona la conducta en la cual se obtienen imágenes o grabaciones de otra persona con su consentimiento, pero luego son divulgadas contra la voluntad, sin el permiso de la persona afectada, provocando una grave lesión a su intimidad. Además, es interesante señalar las finalidades con las que el tribunal ha impuesto las medidas y tareas socioeducativas.

7. Sentencia del Juzgado de Menores de Jaén, núm. 200/2016 de 7 de noviembre

Se enjuician los siguientes hechos que han sido probados por el Juzgado de Menores de Jaén: el día 17 de diciembre de 2015 dos menores captaron la imagen de la víctima – menor que presenta una discapacidad del 33%- mientras estaba orinando en el Instituto de Enseñanza Secundaria en que todos ellos cursaban los estudios; la víctima no pudo evitar la filmación puesto que cuando fue en disposición de perseguirlos ya habían huido. El video fue difundido por uno de los menores con intención de vejar a la víctima. También se entiende probado que el 26 de diciembre de 2015 los dos menores se pusieron de acuerdo con otros menores de 14 años y cogieron a la víctima por los pies, mientras que otro menor de 14 años lo introdujo en un contenedor de basura donde también lo grabaron, así como que le obligaron a chupar una deposición de perro al salir del contenedor, con la amenaza de darle una paliza si no lo hubiera hecho. Todos estos actos fueron grabados, además de volver a amenazarlo indicándole que no dijera nada a sus progenitores y la víctima humillada, avergonzada y atemorizada, accedió. Los videos, por

¹⁷³ Vid. ABOLAFIA, R. (15 de diciembre de 2016) “Arresto para dos menores por acoso: Humillaron a un compañero de su instituto. “*Diario Jaen*, Disponible en: <http://www.diariojaen.es/jaen/condenados-dos-menores-por-obligar-a-otro-a-lamer-caca-LL2409940>

ánimo de mofa y con intención de humillar aún más a la víctima fueron mostrados a terceras personas.

El MF pide la condena por un delito contra la integridad moral, art. 173.1 CP, y un delito de revelación de secretos, en específico el que se establece en el apartado 1 del art. 197. Respecto a la acusación por este último delito, en opinión del tribunal nos encontramos ante un supuesto de difusión o revelación a terceros de imágenes, unas obtenidas sin consentimiento del menor al grabarlo en los aseos del instituto, atentando contra su integridad moral, y otras que el menor entregó voluntariamente pero que fueron difundidas sin su consentimiento. Por ello los hechos tienen encaje en el apartado 7 y no en el apartado 1 de dicho precepto¹⁷⁴.

Con respecto a los tipos delictivos por los cuales se ha formulado la acusación se sigue la siguiente argumentación: “De algún modo cuando se habla de “trato”, aunque también cabe que nos encontremos ante una acción puntual, es habitual que la acción se haya producido en varias ocasiones en el tiempo, y así ocurre en este supuesto en que, con independencia de que se narran dos hechos concretos, hay otros hechos paralelos o coetáneos en el tiempo que prueban dicha reiteración; ese “trato” degradante, no fue puntual ni fruto de una situación sobrevenida o no buscada ni tampoco fruto de la inmadurez de los menores, que, además, actuaban en grupo, lo que significa que hacía que todos en conjunto y utilizando la fuerza del grupo y la unidad de actuación participaran de la acción de vejar y humillar al menor conociendo, como conocían, que tal actuación excedía sobradamente de la broma (puesto que, como afirma la defensa, si hubieran sido acciones “normales” no habrían borrado los videos), actuación que debe considerarse grave por los hechos en que participó el menor, por la minusvalía que sufre, por la participación en grupo de los menores y por los actos que, según relatan los testigos, reflejan los vídeos.

El “trato” degradante al que se sometió a la víctima es un trato que produjo como resultado el menoscabo de su integridad moral. Para ello es suficiente contemplar desde un punto de vista objetivo el contenido de las acciones que el menor estaba realizando en los vídeos

¹⁷⁴ Vid. Art. 197.7 CP: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

grabados, acciones que sin duda alguna son aptas para afectar a la dignidad personal, a la integridad psíquica y a la conciencia que uno tiene de si mismo y que los demás tienen de él, la primera porque debe quedar reducida a la intimidad y a la esfera personal y la segunda porque es una acción impropia de las personas.

Pero, en cualquier caso, el resultado de dicho ataque a la inviolabilidad personal se magnificó como consecuencia de que el video fue expuesto a muchos compañeros del centro educativo, hasta el punto de que el menor este curso escolar ha decidido estudiar en otro instituto.

Concurren pues los elementos del tipo del delito del art. 173.1 CP y también los del tipo del art. 197.7 CP al haber procedido a mostrarse a terceros, como ha quedado grabado, el contenido de los vídeos.

El Juzgado resolvió condenar a los menores acusados por los delitos del art. 173.1 y 197.7 con la imposición de medidas de tareas socioeducativas para ambos menores -un año y seis meses para uno de ellos y un año para el otro- con contenido en un taller de educación en valores y de refuerzo escolar.

Con respecto a las medidas, la consideración y la finalidad con la cual se han impuesto son las siguientes: “son medidas aptas para ellos pues son proporcionadas a los hechos (ya que de ser mayores de edad se les podría imponer hasta dos años de prisión) y adecuadas en atención a la finalidad reeducativa de la ley”, pues con los fines de semana de permanencia en domicilio ambos menores tendrán ocasión de reflexionar sobre su conducta y también de evitar espacios de ocio que, de algún modo son propensos a la realización de conductas como la que nos ocupa y con el taller de educación en valores se trata de trasladar a los menores un “esquema de valores apropiado a su edad para contribuir a su desarrollo personal asentando firmemente valores como la empatía, el respeto a los demás o la participación integradora en una sociedad compuesta por personas con diferentes capacidades, sentimientos o habilidades”.

V. CONCLUSIONES

Primera. Como consecuencia del análisis de las distintas formas de acoso se puede deducir que existe una gran confusión y una fragmentación en su regulación. Cabe preguntarse porque algunas figuras han sido expresamente tipificadas mientras que otras no, con fundamento por una parte de la doctrina, que ya existen bastantes tipos penales que pueden aplicarse a dichas conductas de acoso, por lo cual el legislador actuaría inútilmente, mediante una labor de excesiva tipificación. La tipificación, por ejemplo, del acoso escolar, o del ciberacoso, podría responder más que a una falta de acomodo de estas figuras en algún tipo ya existente, a una suerte de política criminal, como ha ocurrido también con otras reformas. Efectivamente considero que la expresa tipificación de todas las formas de acoso, sin distinción, no responde a una falta de tipos delictivos en el CP, sino a una exigencia de claridad y sistematicidad. Coincido con MARTÍNEZ MUÑOZ cuando sostiene que una vez asumida su regulación expresa y dado que hay una dispersión de formas de acoso debería ser considerable la creación de un tipo amplio de acoso que se fundamente en el menoscabo de la libertad de obrar y que abarque y precise sobre todas las formas existentes cuyas características tiene la misma razón de ser. Esto supondría una respuesta al avance y a las verdaderas demandas sociales, capaz de incluir de forma efectiva también los nuevos tipos que han aparecidos por el desarrollo y difusión de los medios tecnológicos.

Segunda. El precepto que tipifica el delito de acoso, en el art. 172 ter, se encuentra recogido dentro de los delitos contra la libertad, así que se deduce que el bien jurídico que principalmente queda afectado por dicha conducta es la libertad. Frente a las posiciones que sostienen que el bien jurídico atacado sería también el de la seguridad o un mixto entre libertad y seguridad (en este sentido se expresa legislador en la EM de la LO 1/2015 y GALDEANO SANTAMARÍA). Coincido con el TS que el bien jurídico que más queda afectado es la libertad, puesto que las conductas de acoso llevan al sujeto a anular en parte sus decisiones y modificar sus hábitos cotidianos, lo que en conclusión determinan exactamente una coartación de la libertad de obrar. El TS en la sentencia 324/2017 de 8 de mayo de hecho afirma que “en el caso español, a diferencia de la tipificación de este delito en otros países, lo que más se enfatiza es la afectación al bien jurídico de la libertad que al de la seguridad, ya que la libertad *“queda maltratada por esa obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento”*”.

Tercera. El delito de acoso o también llamado *stalking* está previsto en el art. 172 ter CP. En el mismo, el legislador ha identificado los comportamientos en los cuales se identifica el acoso, optando por una enumeración más detallada posible, excluyendo la previsión de una cláusula abierta que en el inicial proyecto se había previsto. Esta decisión se recoge en la EM con el objetivo de guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa y desbocada. Pero, con base en la tesis de VILLACAMPA y de otros autores, es indudable que esta elección tiene el riesgo de dejar fuera nuevas formas análogas de acoso, razón que lleva a afirmar que sería conveniente incluir en el precepto la cláusula abierta inicialmente prevista, en línea con otros ordenamientos como el alemán (que en numerosas ocasiones se ha utilizado como modelo), al fin de evitar dicha situación.

Cuarta. Como es sabido, el fenómeno de *bullying* y *ciberbullying* en estos años ha adquirido mayor visibilidad gracias a su denuncia por los medios de la información, pero también ha conocido un exponencial aumento. Como consecuencia, frente a este dato, puesto que al día de hoy hay todavía quien no entiende la magnitud del fenómeno se hace urgente la exigencia de una intervención concreta. Esta intervención debería empezar primero desde la educación y la enseñanza del respeto y de los valores a los menores, a través de la colaboración entre familias y centros educativos. Deberían establecerse programas y medidas de educación y prevención para que sean los mismos jóvenes a concienciarse y entender la gravedad y los daños que provoca dicho fenómeno. Así podría reducirse la necesidad de llegar a soluciones que prevén medidas de rehabilitación y de reeducación en ámbito jurídico, dejándolas como última opción en los supuestos donde no ha llegado a incidir la educación.

Quinta. Al analizar la cuestión sobre la edad mínima de imputabilidad de los menores, es cierto que en 2016 han emergido datos preocupantes en España, según los cuales han aumentado los menores acosadores y ciberacosadores con edad inferior a los 14 años. Es con base en esto que parte de la doctrina y de algunos sectores sociales insisten en pedir la rebaja de la edad mínima o que se establezca un sistema de excepciones en el cual sean los tribunales quienes determinen caso por caso si el menor es imputable o no. Considero, de acuerdo con JIMÉNEZ DÍAZ, que la fijación de los 14 años como edad mínima de

imputabilidad, a pesar de cual sea el fundamento correcto en el cual hubiera tenido que basarse la decisión, es la elección apropiada por dos razones, la primera porqué es lo más adecuado suponer que desde los 14 años, edad en la cual ya ha realizado la enseñanza básica, el menor ha adquirido una formación esencial y una determinada madurez mental que le permiten entender y discernir sus acciones, y la segunda razón es que la fijación de un límite mediante un criterio cronológico es la que otorga mayor seguridad jurídica en nuestro ordenamiento.

Sexta. La regulación y las posibles reformas del derecho penal juvenil siempre deben llevarse a cabo respetando como línea guía el interés superior del menor. Este tiene una doble vertiente en el propio individuo (y las personas de su entorno), procurando que se arbitren los mecanismos psicológicos y socioeducativos que permitan modificar las carencias o excesos que le han llevado a conductas antisociales y, por otra parte, actuar en favor de la sociedad en la que vive, puesto que si se recupera y se aleja el menor de la delincuencia también se ve favorecida la población en la que vive al perder un elemento perturbador de la convivencia pacífica. Las medidas previstas en la LORPM tienen naturaleza penal, aunque su finalidad es prioritariamente reeducativa y de prevención de la reincidencia. Por ese motivo, pese a que en los últimos años hayan venido a la luz casos muy violentos protagonizados por menores de edad y se haya planteado por parte de la doctrina una reforma radical de nuestro sistema penal juvenil o el establecimiento de sanciones más graves, me sumo a la opinión de HUETE NOGUERAS, según la cual las reformas deberían siempre restringirse a supuestos estrictamente necesarios y derivar de un intenso estudio que evalúe el impacto de las medidas aplicadas, sin basarse en hechos aislados. Es necesario tener como punto firme el respeto en primer lugar del principio de mínima intervención del derecho penal, que debe actuar como última ratio; sin precipitarse en reformas siempre más represivas, sino trabajando más en una estrategia de prevención y de educación de los jóvenes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AFTAB,P. en GARAIGORDOBIL LANDAZABAL, M., "Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión", *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 2011
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. y DOPICO GÓMEZ-ALLER,J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- ÁLVAREZ IDARRIAGA, G., "Intervención con adolescentes víctimas de cyberbullying: un abordaje desde el trabajo social", *Revista Trabajo Social Hoy* nº74, 2015
- AVILÉS, J.M. en "El maltrato entre iguales (Bullying)" *I congreso virtual de educación en valores. Universidad de Zaragoza*, enero 2006
- BELSEY, B., *Cyberbullying: A real and growing threat. ATA Magazine*, 2007
- BLANCO BAREA, J., "Responsabilidad Penal del Menor: Principios y Medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal español", *Revista de Estudios Jurídicos* nº8, 2008
- CASTILLO-PULIDO, L., "El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores", *magis, Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4 (8) Edición especial *La violencia en las escuelas*, 2011
- CEREZO, F. ENRÍQUEZ VILLOTA, M., "El acoso escolar", *Revista Saber Ciencia y Libertad*, Vol. 10 nº1, 2015
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., MAYORDOMO RÓDRIGO, V., "Acoso y Derecho Penal", *Eguzkilore nº 25 San Sebastian*, diciembre 2011
- DÍAZ PITA, M., "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", *Revista Estudios Penales y Criminológicos Vol. XX*, 1997
- GALDEANO SANTAMARÍA, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- GARAIGORDOBIL LANDAZABAL, M. y OÑEDERRA, J.A., *La violencia entre iguales: revisión teórica y estratégica de intervención*, Madrid, PIRAMIDE, 2010
- GIMENO SENDRA, V., "El principio de oportunidad y el MF", *Revista Diario La Ley*, UNED, 2011
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Pena, 4º Edición*, Colex - UNED, 2014

- GÓMEZ RIVERO, M^a.C., “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MÁRTINEZ GONZÁLEZ, M^a.I. (dir.) *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- GREENE, M.B., "Bullying in Schools: A Plea for Measure of Human Rights" *Journal of Social Issues*, 2006
- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal 2012*, Tirant lo Blanch- Valencia, 2013
- HERNÁNDEZ, M. y SOLANO, I., "Ciberbullying un problema de acoso escolar", *RIED: Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 10, (1), 2007
- HUETE NOGUERAS en JÍMENEZ DÍAZ, M.J., "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015
- JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015
- MARTÍNEZ MUÑOZ, C., "El nuevo delito de acoso del art. 172 ter CP", *Revista Diario La Ley, nº 9006-Sec. Tribuna, Editorial Wolters Kluwer*, junio 2017
- MENDOZA CALDERÓN, S. en MUÑOZ CONDE, F., *Análisis de las reformas penales*, Tirant lo Blanch, 2015
- MENDOZA CALDERÓN, S., “Seminario de especialización para la intervención letrada ante la jurisdicción de menores. Análisis de las nuevas formas de acoso a menores: La persecución penal de conductas de ciberbullying, grooming, sexting y stalking” Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 2016
<<file:///C:/Users/ro/Downloads/analisis-de-ls-nuevas-formas-acoso-menores-icas-2016%20(2).pdf>>
- MIRÓ LLINARES, F., "Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio", *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, 2013
- MONTERO HERNANZ, T., "La delincuencia juvenil en España, en datos", *Quadrenos de criminología: Revista de criminología y ciencias forenses nº9*, 2010
- MORENO MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley penal del Menor y últimas reformas administrativas)*, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000 en PÉREZ VALLEJO, A.M. Y PÉREZ FERRER, F., *Bullying, ciberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, Madrid, 2016
- MUÑOZ CONDE, F., *Análisis de las reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- MUÑOZ CONDE, F. G., *Derecho Penal, Parte General, 8º ed.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

- OLWEUS, D., Acoso escolar: hechos y medidas de intervención. *Centro de investigación para la Mejora de la Salud, Universidad de Bergen Noruega*, 2007
- ORTEGA, R., "Violencia interpersonal en los centros educativos de enseñanza secundaria. Un estudio sobre el maltrato e intimidación entre compañeros", *Revista de Educación*, 1994
- ORTEGA, R., DEL REY, R. y MORA-MERCHÁN, J., "Violencia entre escolares. Conceptos y etiquetas verbales que definen el fenómeno del maltrato entre iguales" *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, agosto 2001
- PALOMERO PESCADOR, J., "El bullying y sus raíces. Los malos tratos entre iguales y sus denominaciones: Mobbing, mobbning y bullying (breve recorrido histórico)", *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 2012
- PAÑOS PÉREZ, A., "Recensión a PÉREZ VALLEJO, A. M^a Y PÉREZ FERRER, F., Bullying, Ciberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño" *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia n^o 14*, diciembre 2016
- PÉREZ VALLEJO, A.M. y PÉREZ FERRER, F., *Bullying, ciberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykison, Madrid, 2016
- SANMARTÍN, J, en GARAIGORDOBIL, M. y OÑEDERRA, J.A., *La violencia entre iguales: revisión teórica y estratégica de intervención*, Madrid, PIRAMIDE, 2010
- SMITH, P.K. y WILLARD N., en ASANZA MOLINA, M.I., FLORES VILLACRÉS, E. J y BERRONES MIGUEZ, M.B, "El Ciberbullying y sus consecuencias", *Revista académica trimestral CCCSS: Contribuciones a las Ciencias Sociales*, septiembre 2014
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código Penal italia. La tipificación del stalking en Italia" *Revista para el análisis del derecho INDRET*, 2009
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. IUSTEL, 2009
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro", *Revista del Instituto Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV- ISSN 1989-6352*, 2010
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Propuestas sexual telemática a menores u online child grooming: Configuración presente del delito y perspectivas de modificación", *Revista Estudios penales y criminológicos, Vol. XXXIV*, 2014

VIII. Otras referencias...

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989*, año 1989

<<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>>

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre violencia contra los niños*, Distr. General, año 2011

<< <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10352.pdf> >>

CONSEJO DE EUROPA, *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)*, año 2011

<<<https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/consejoeu/CAHVIO.pdf>>>

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria*, Madrid, año 2000

<< http://www2.uned.es/dpto_pen/delincuencia-juv/documentos/violencia/estudioviolencia.PDF>>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 10/2005, Sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, año 2005

<<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_Instruccion10_2005.pdf?idFile=934611d6-6f25-49de-8d2a-916cad86b3ee>>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/20015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, año 2016

<< https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/revista1.pdf?idFile=cbd53b36-5662-478f-8716-d3faddde9233>>

FUNDACIÓN AYUDA A NIÑOS Y ADOLESCENTES EN RIESGO (ANAR) Y FUNDACIÓN MUTUA MADRILEÑA, *Estudio II sobre Bullying y Cyberbullying*, Madrid, año 2016 <<<https://www.anar.org/wp-content/uploads/2017/04/INFORME-II-ESTUDIO-CIBERBULLYING.pdf>>>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*, año 2016

<<<http://www.ine.es/prensa/np991.pdf>>>

PARLAMENTO EUROPEO, “*Cyberbullying, among young people. Study for the libe committee*”, año 2016

<<[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571367/IPOL_STU\(2016\)571367_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571367/IPOL_STU(2016)571367_EN.pdf)>>

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión nº293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres, año 2000

<< <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32000D0293>>>

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) nº 1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establece el programa «Derechos, Igualdad y

Ciudadanía» para el período de 2014 a 2020, año 2013 <<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013R1381>>>

SAVE THE CHILDREN, *Informe: "Yo a eso no juego. Bullying y ciberbullying en la infancia"*, año 2016

<<https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/yo_a_eso_no_juego.pdf>>

