

INSTRUCCIÓN 10/2005

SOBRE EL TRATAMIENTO DEL ACOSO ESCOLAR DESDE EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

SUMARIO 1.- INTRODUCCIÓN 1.-1 NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO ESCOLAR 1.-2 ACOSO ESCOLAR Y DERECHOS HUMANOS. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA EDUCACIÓN 2.- LA INTERVENCIÓN DESDE LA JURISDICCIÓN DE MENORES: SUBSIDIARIEDAD 3.- COMUNICACIONES INTERORGÁNICAS 4.- TIPIFICACIÓN PENAL DEL ACOSO ESCOLAR 4.-1 PAUTAS GENERALES 4.-2 DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL 4.-2.1 Principios 4.-2.2 El elemento medial (infligir a una persona un trato degradante) 4.-2.3 El resultado (menoscabo grave de la integridad moral) 4.-3 CONCURSO DE DELITOS 4.-4 INDUCCIÓN AL SUICIDIO 5.- MEDIDAS CAUTELARES 6.- TRANSMISIÓN DE LA NOTITIA CRIMINIS. ASPECTOS RELATIVOS A LA PRUEBA. 7.- LA RESPUESTA AL ACOSADOR DESDE LA JURISDICCIÓN DE MENORES 7.-1 POSIBILIDADES DE DERIVACIÓN Y DESCRIMINALIZACIÓN 7.-1.1 El desistimiento en la incoación de expediente 7.-1.2 Desistimiento por reparación. Otras modalidades de desjudicialización 7.-2 MEDIDAS IMPONIBLES 7.-2.1 Principios generales 7.-2.2 Libertad vigilada 7.-2.3 Prestaciones en beneficio de la comunidad 7.-2.4 Realización de tareas socio educativas 7.-2.5 Permanencias de fines de semana 7.-3 LA SANCIÓN IMPUESTA POR EL CENTRO EDUCATIVO Y EL NON BIS IN IDEM 8.- . TRATAMIENTO DE LA VÍCTIMA 9.- ASPECTOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL 10. CONCLUSIONES.

1.- INTRODUCCIÓN

1.-1 NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO ESCOLAR

El problema del acoso escolar (*bullying* en la extendida terminología anglosajona) se ha caracterizado hasta hace bien poco por ser un fenómeno oculto, que pese a haber estado presente desde siempre en las relaciones entre los menores en los centros educativos y fuera de los mismos, no ha generado estudios, reflexiones o reacciones ni desde el ámbito académico ni desde las instancias oficiales.

En los países más avanzados de nuestro entorno el acoso escolar comenzó a generar preocupación y a provocar la reacción de las autoridades desde finales de la década de los 80, siendo en nuestro país un motivo de preocupación desde hace escasos años.

En cierta manera ha ocurrido con este fenómeno algo parecido a lo experimentado con la violencia doméstica: hasta hace poco se consideraba algo inevitable y en cierta manera ajeno a las posibilidades de intervención del sistema penal, como problema de carácter estrictamente privado que debía ser solventado en el seno de las relaciones entre iguales, o cuando más en el ámbito de la disciplina escolar, sin intervención por parte de la jurisdicción de menores. Incluso las manifestaciones más sutiles de estos comportamientos antisociales tales como el aislamiento deliberado de un menor, exclusión o motes vejatorios han sido tradicionalmente toleradas sin más.

De hecho, muchos de los actos encuadrables en el acoso escolar han sido -siguen siéndolo aún- frecuentemente considerados parte integrante de la experiencia escolar, inherentes a la dinámica propia del patio del colegio, como una lección más de la escuela en la que como anticipo de la vida, el menor tiene que aprender a resistir, a defenderse, a hacerse respetar e incluso a devolver el golpe. En esta concepción darwinista de la lucha por la vida, los más débiles quedan con frecuencia sometidos a los designios de los matones o acosadores escolares.

El silencio de las víctimas y de los testigos, cuando no de los propios centros, ha contribuido al desconocimiento de la magnitud del problema.

Aún en nuestros días hay quien mantiene que las reflexiones sobre el acoso escolar son una moda pasajera. Tales esquemas revelan una clara deficiencia en el diagnóstico y en la terapia de las patologías que afectan a la comunidad escolar, miopía que debe ser definitivamente corregida, pues su aceptación lleva al riesgo cierto de minimizar el problema, ubicándolo en una zona de sombras desde donde -oculto- siempre se ha mantenido, disfrutando de total impunidad. Negar o relativizar el problema es el más grave error en el que se puede incurrir.

Si la aplicación de violencia o intimidación a las relaciones humanas es siempre reprobable y debe ser combatida por el Estado de Derecho, cuando el sujeto pasivo de la misma es un menor, el celo del Estado debe ser especialmente intenso, y ello por dos motivos: en primer lugar por la situación de especial vulnerabilidad en cierta manera predicable con carácter general de los menores; en segundo lugar por los devastadores efectos que en seres en formación produce la utilización como modo de relación de la violencia y/o la intimidación. La experiencia de la violencia genera un impacto profundamente perturbador en el proceso de socialización de los menores. Los nocivos efectos del acoso en la víctima pueden concretarse en angustia, ansiedad, temor, terror a veces al propio centro, absentismo escolar por el miedo que se genera al acudir a las clases y reencontrarse con los acosadores, fracaso escolar y aparición de procesos depresivos que pueden llegar a ser tan prolongados e intensos que desemboquen en ideas suicidas, llevadas en casos extremos a la práctica.

Estos efectos negativos afectan no solamente a quien sufre como víctima, sino también a quien los inflige como victimario, pues a largo plazo existen altas probabilidades de que el acosador escolar asuma permanentemente ese rol durante su

vida adulta, proyectando los abusos sobre los más débiles en el trabajo (*mobbing*) y/o en la familia (violencia doméstica, violencia de género). Por ello se ha podido decir que este tipo de acoso debilita los cimientos de la sociedad civilizada. El intimidador aprende a maltratar, comienza a sentirse bien con el papel que refuerza disocialmente su conducta, convirtiéndose, muchas veces, en la antesala de una carrera delincencial posterior. Si los intimidadores no reciben rápidas y enérgicas valoraciones negativas a su conducta, y respuestas firmes de que no van a resultar impunes, y/o si son “recompensados” con cierto nivel de popularidad y sumisión entre los demás compañeros, el comportamiento agresivo puede convertirse en una forma habitual de actuar, haciendo de la dominación un estilo normalizado en sus relaciones interpersonales.

La nocividad del acoso escolar alcanza incluso a los menores que como testigos mudos sin capacidad de reacción los presencian, pues por un lado se crea un ambiente de terror en el que todos se ven afectados como víctimas en potencia, y por el otro, estos menores están expuestos al riesgo de asumir una permanente actitud vital de pasividad cuando no de tolerancia hacia la violencia y la injusticia.

Debe deslindarse el acoso escolar de los incidentes violentos, aislados u ocasionales entre alumnos o estudiantes. El acoso se caracteriza, como regla general, por una continuidad en el tiempo, pudiendo consistir los actos concretos que lo integran en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima, siendo frecuente que el mismo sea la resultante del empleo conjunto de todas o de varias de estas modalidades. La igualdad que debe estructurar la relación entre iguales degenera en una relación jerárquica de dominación-sumisión entre acosador/es y acosado. Concorre también en esta conducta una nota de desequilibrio de poder, que puede manifestarse en forma de actuación en grupo, mayor fortaleza física o edad, aprovechamiento de la discapacidad de la víctima etc.

El acoso se caracteriza también por el deseo consciente de herir, amenazar o asustar por parte de un alumno frente a otro. Todas las modalidades de acoso son actos agresivos en sentido amplio, ya físicos, verbales o psicológicos, aunque no toda agresión da lugar a acoso.

El acoso en su modalidad de agresión emocional o psicológica es aún menos visible para los profesores, pero es extremadamente doloroso. Condenar a un menor al ostracismo escolar puede ser en determinados casos más dañino incluso que las agresiones leves continuadas. El acoso en su modalidad de exclusión social puede manifestarse en forma activa (no dejar participar) en forma pasiva (ignorar), o en una combinación de ambas.

El acoso también puede practicarse individualmente o en grupo, siendo esta última modalidad la más peligrosa, pues si por una parte los acosadores tienen por lo general en estos casos un limitado sentimiento de culpa, tendiendo a diluirse o difuminarse la conciencia de responsabilidad individual en el colectivo, que se

autojustifica con el subterfugio de que no se sobrepasa la mera diversión, por la otra el efecto en la víctima puede ser devastador a consecuencia del inducido sentimiento de soledad.

La consecución del objetivo de lograr un ambiente de paz y seguridad en los Centros educativos y en el entorno de los mismos, donde los menores puedan formarse y socializarse adecuadamente debe tornarse en meta irrenunciable, superando la resignada aceptación de la existencia de prácticas de acoso o matonismo entre nuestros menores, como algo inherente a la vida de los centros escolares e institutos.

La radical sensibilización que se ha producido en relación con la violencia doméstica, que ha llevado a tratamientos de tolerancia cero, debe ahora ser trasladada al acoso escolar, si bien las respuestas en todo caso han de ser tamizadas por los principios que informan el sistema de justicia juvenil.

Al hilo de estas reflexiones deben los Sres. Fiscales tener presente que los Centros de internamiento de menores previstos en la LORPM son también ámbitos de riesgo en relación con potenciales conductas de acoso, incluso de intensidad superior a las que se producen en centros educativos, por lo que igualmente en estos espacios habrán de mantenerse especialmente vigilantes.

1.-2 ACOSO ESCOLAR Y DERECHOS HUMANOS. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Las disposiciones básicas desde las que abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno las encontramos en la Convención de Derechos del Niño (CDN), en la Constitución y en la legislación educativa, además de en la LORPM.

La lucha contra el acoso escolar es un imperativo derivado del reconocimiento de los derechos humanos y de la necesidad de colocar el respeto de la dignidad de la persona como clave de bóveda del Estado de Derecho.

En esta línea debe recordarse que la CDN impone a los Estados partes las siguientes obligaciones: 1) 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. 3.3); 2) 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 cargo (art. 19.1); 3) adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención (28.2).

Esa necesidad de especial protección del niño frente a toda clase de maltrato está latente en un amplio número de artículos de la CDN (artículos 2, 11, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39).

Por otra parte, la CDN establece que la educación debe estar encaminada al desarrollo de la personalidad, el respeto de los derechos humanos, el respeto de los padres y la propia identidad cultural y nacional, la vida responsable en una sociedad con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad, y el respeto al medio ambiente natural (artículo 29).

Desde el punto de vista interno debe recordarse que la Constitución declara como derechos fundamentales junto al derecho a la educación (artículo 27), el derecho a la integridad física y moral (artículo 15); el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24).

La educación ha de tener por objeto, conforme a la Constitución *el 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 CE) finalidad 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 CE).

La STC nº 120/1990, de 27 de junio declara que la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona... la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre...constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar.

El objetivo primero y fundamental de la educación, como refiere el Preámbulo de la LO 1/1990, de 3 de octubre, *de Ordenación General del Sistema Educativo* está dirigido al desarrollo de la capacidad de los menores para ejercer, de manera crítica y en una sociedad axiológicamente plural, la libertad, la tolerancia y la solidaridad.

La educación debe transmitir los valores que hacen posible la vida en sociedad, singularmente el respeto a todos los derechos y libertades fundamentales, a los bienes jurídicos ajenos y los hábitos de convivencia democrática y de respeto mutuo y avanzar en la lucha contra la discriminación y la desigualdad.

Por su parte el art. 2.2 de la LO 10/2002, de 23 de diciembre, *de Calidad de la Educación* reconoce al alumno los derechos básicos, entre otros a que se respeten su integridad y dignidad personales, y a la protección contra toda agresión física o moral.

Este mismo precepto, en su apartado 4º establece como uno de los deberes básicos de los alumnos el de respetar la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa.

Resulta incuestionable que para alcanzar estos irrenunciables objetivos es necesario desterrar de los centros educativos, de forma radical, estos comportamientos de acoso escolar, que suponen una quiebra *ab initio* de la posibilidad de alcanzarlos.

2.- LA INTERVENCIÓN DESDE LA JURISDICCIÓN DE MENORES: SUBSIDIARIEDAD.

Bajo la etiqueta de acoso escolar se esconde un fenómeno proteiforme con manifestaciones de distinta gravedad. Ha de partirse además de que el acoso escolar es un mal profundamente arraigado en el entorno educativo, desde tiempos inmemoriales, en el que confluyen una pluralidad de causas y cuyo tratamiento es complejo. No puede desde luego caerse en la simplificación de reducir su abordaje mediante medidas puramente represivas y menos aún a su tratamiento centrado en la jurisdicción de menores, pues este enfoque simplista puede llevar a un enquistamiento del problema.

Los expertos coinciden en que el primer nivel de lucha contra el acoso escolar debe estar liderado por los profesores del centro educativo, y que ellos deben ser los primeros destinatarios de la puesta en conocimiento del problema. El abordaje debe ser conjunto, y preferentemente desde los niveles básicos de intervención: padres, profesores y comunidad escolar.

El tratamiento debe ser fundamentalmente preventivo, e incluso una vez detectado un caso, cabrá adoptar distintas respuestas, en ocasiones desde el ámbito estrictamente académico. En muchos casos la reacción dentro del Centro docente es suficiente para tratar el problema: medidas sancionadoras internas en el propio centro, reflexión con el propio alumno y/o el grupo, reuniones con la familia, cambio de la organización de aula, etc.

No debe caerse en la tentación de sustraer el conflicto de su ámbito natural de resolución. La comunidad escolar es, en principio, y salvo los casos de mayor entidad, la más capacitada para resolver el conflicto. Por lo demás, muchos de los victimarios no habrán alcanzado los catorce años, *conditio sine qua non* para la intervención del sistema de justicia juvenil.

Este abordaje presidido por la idea del castigo como método subsidiario y no principal de reacción frente al acoso ha sido asumido por la Recomendación nº 702 del Comité de Derechos del Niño de la ONU de septiembre de 2001.

El propio Defensor del Pueblo en su informe sobre “*violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria*” (Madrid, 2000) consideraba que “la respuesta normal debe ser, además de la acción preventiva, la que se produce en sede de disciplina escolar”

En cualquier caso, y desde el papel subsidiario y reactivo que a la jurisdicción de menores ha de asignarse en la lucha contra este fenómeno, los Sres. Fiscales han de partir del aparentemente elemental o superficialmente obvio principio de que ningún acto vejatorio de acoso escolar debe ser socialmente tolerado y de que los mismos, una vez conocidos por el Fiscal, han de tener una respuesta adecuada desde el sistema de justicia juvenil.

Desde luego, y como principios generales, ha de convenirse en que mientras las manifestaciones más graves de acoso justifican sobradamente la intervención de la jurisdicción de menores, las derivaciones de acoso soterrado (exclusión social, poner notes, hablar mal de un compañero, esconderle cosas) tienen su campo de resolución generalmente más adecuado dentro del propio ámbito educativo escolar y familiar.

No obstante, incluso las denuncias que hagan referencia a hechos en principio leves (faltas de amenazas, coacciones o vejaciones injustas) si se cometen con la nota de habitualidad o reiteración en el tiempo, deben dar lugar como regla general a la incoación de un expediente de menores, no siendo adecuado en estos casos utilizar sin más la facultad de desistimiento prevista en el art. 18 LORPM.

Nadie debería nunca -y menos el Fiscal- ignorar o minimizar el miedo, el dolor y la angustia que un menor sometido a acoso sufre.

3.- COMUNICACIONES INTERORGÁNICAS.

Esencial para lograr dar una respuesta eficaz a las manifestaciones de este fenómeno ha de ser la fluidez en la circulación de información entre las instancias con competencia en la materia: Ministerio Fiscal y responsables del centro docente.

Aunque el art. 3 LORPM solamente prevé la remisión de testimonio a la entidad pública de protección de menores cuando los hechos que lleguen a conocimiento del Fiscal tengan indiciariamente como autores a menores de 14 años, procederá remitir testimonio de lo actuado a la dirección del centro donde se están produciendo los abusos para que dentro de sus atribuciones adopte las medidas procedentes para poner fin a los abusos denunciados y proteger al menor que los está sufriendo.

Por tanto, no deberá el Fiscal nunca limitarse a archivar las Diligencias incoadas una vez comprobada que el menor infractor no alcanza los 14 años. Antes de tal archivo el Fiscal habrá de remitir la copia de la denuncia y documentación complementaria al centro y comprobar que el mismo ha acusado recibo.

Debe recordarse que según la mayoría de los estudios, la mayor incidencia del maltrato entre iguales se produce en el primer ciclo de secundaria, entre 12 y 14 años, y, por consiguiente, en gran parte fuera del ámbito de intervención de la jurisdicción de menores.

También en los supuestos en los que se inicien actuaciones por el Fiscal y se compruebe que el menor o los menores implicados están dentro del ámbito de aplicación de la LORPM será necesario comunicar a la dirección del centro la denuncia interpuesta a los efectos internos procedentes. No cabe duda que la dirección del centro tiene mecanismos poderosos para evitar que la situación se mantenga durante la tramitación del expediente de menores.

A estos efectos debe tenerse presente que no es infrecuente que los menores víctimas denuncien directamente ante la Policía o en Fiscalía lo que debido a la presión ambiental y el temor a represalias no han comunicado a sus profesores o a la dirección del Centro.

Desde luego, el hecho de que se inicie un expediente en el ámbito del proceso penal juvenil no quiere decir que los responsables del Centro puedan inhibirse y declinar su responsabilidad en las autoridades judiciales y fiscales. Es a los centros docentes durante las horas lectivas a quienes corresponde vigilar a los menores para evitar cualesquiera actos lesivos para la víctima. Por ello, es esencial que el Fiscal comunique el expediente abierto y el nombre de la víctima y de los presuntos victimarios al director del centro donde indiciariamente se están cometiendo los hechos.

Debe en este punto recordarse que el art. 7 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, *por el que se establecen los derechos y deberes de los Alumnos y las normas de convivencia en los Centros* dispone que los órganos de gobierno del centro, así como la Comisión de convivencia, adoptarán las medidas preventivas necesarias para garantizar los derechos de los alumnos y para impedir la comisión de hechos contrarios a las normas de convivencia del centro.

Por lo demás las medidas protectoras que los Centros pueden adoptar son variadas y, en general, mas eficaces que las que pueden adoptarse desde la jurisdicción de menores (incremento de vigilancia, reorganización de horarios del profesorado para atender a las necesidades de los alumnos afectados, intervención de mediadores, cambio de grupo etc.).

Si bien no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que bien los Juzgados y Tribunales, bien el Ministerio Fiscal comuniquen a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras, cabe de esta regulación fragmentaria extraer un principio general de comunicación interorgánica o interinstitucional, asumido por la Fiscalía General del Estado (vid. Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 4/1991 de 13 de junio, 2/1999 de 17 de mayo, y 1/2003, de 7 de abril, todas ellas en materia de tráfico; Instrucciones 7/1991, de 11 de noviembre y 1/2001, de 9 de mayo, en materia de siniestralidad laboral; Consulta 2/1996 de 19 de febrero, en materia de defraudaciones a la Seguridad Social o Circular 1/2002, de 19 febrero, en materia de extranjería).

El fundamento de estos actos de comunicación radica en última instancia en que el Derecho administrativo sancionador y Derecho Penal son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, derivadas del art. 25 CE (STC 18/1981, de 8 de junio) y en la función de defensa de la legalidad que el art. 124 CE atribuye al Fiscal. En el ámbito de menores, a este fundamento habría de adicionársele el de la necesidad de preservar el superior interés del menor, necesidad que impone a todas las autoridades e instancias con competencias en la materia la obligación de adoptar las medidas procedentes dentro de su órbita funcional y el deber de actuar coordinadamente entre sí.

No está de más recordar que el art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* impone la obligación a toda persona o autoridad de comunicar a la autoridad o sus agentes las situaciones de riesgo que puedan afectar a un menor sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. A estos efectos, una situación de acoso continuado no puede sino considerarse como situación de riesgo.

Cuando la *notitia criminis* haya llegado por algún conducto al margen de los representantes legales del menor y siempre que existan elementos que apunten a que éstos desconocen la situación en la que vive su hijo, deberán los Sres. Fiscales poner los hechos en conocimiento de los mismos, bien citándolos en Fiscalía, bien remitiéndoles una comunicación informándoles del procedimiento que se sigue. La labor de los progenitores es esencial en la recuperación de los menores víctimas y es estadísticamente frecuente que los mismos no informen a los padres, por temor a complicar aún más la situación.

4.- TIPIFICACIÓN PENAL DEL ACOSO ESCOLAR

4.-1 PAUTAS GENERALES

Si se sigue la definición amplia de acoso escolar que suelen emplear psiquiatras, psicólogos y pedagogos (exposición de un alumno, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro u otros alumnos) no existe una traducción jurídico penal unitaria de estos comportamientos. Las tonalidades más o menos intensas que estas conductas violentas, intimidatorias o denigratorias pueden alcanzar, pueden plasmarse en una amplia gama cromática no susceptible de reduccionismos o simplificaciones. Debe por tanto partirse de que el concepto de acoso escolar es metajurídico, pudiendo tener diversas significaciones jurídico penales, desde la mera falta a la comisión de un delito grave.

Habrà de estarse en cada supuesto a los hechos que pueden estimarse indiciariamente acreditados como paso previo a la operación de subsunción penal. En todo caso debe partirse de que conceptualmente el acoso escolar requiere de una cierta continuidad o reiteración, debiendo distinguirse estas conductas de los incidentes aislados. No obstante, también un incidente aislado, cuando el rango del bien jurídico

afectado lo demande y cuando tenga lugar en el ámbito docente, puede justificar la aplicación de las directrices contenidas en la presente Instrucción.

4.-2 DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

4.-2.1 Principios:

Cuando los hechos tengan la entidad suficiente, la conducta de acoso podrá calificarse conforme al tipo penal previsto en el art. 173.1, que castiga al que *infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*.

La pena que para los adultos se asigna (prisión de seis meses a dos años) hace que este delito deba ser considerado como menos grave, con las consiguientes repercusiones en Derecho Penal Juvenil. En materia de prescripción regirá el plazo de un año (art. 10.3 LORPM), si bien conforme a la redacción del art. 132 CP tras la reforma 15/2003 será para estos supuestos aplicable como regla general la disposición según la cual en las infracciones que exijan habitualidad, los términos se computarán desde que cesó la conducta. La calificación como delito menos grave también tiene gran importancia en cuanto a las posibilidades de derivación (arts. 19.1 y 27.4 LORPM).

Para la STS nº 819/2002, de 8 de mayo *el delito del artículo 173 representa...el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, requiriendo 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")*.

La integridad protegida se identifica con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona. El tipo, como valor derivado del artículo 15 CE plasma el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana.

Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral. Consiste en someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

El artículo 173 operaría como un tipo de recogida o tipo de arrastre (*auffrangtatbestand* en la terminología alemana), en el sentido de que viene a constituir una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento un ataque contra el mismo bien jurídico protegido, que entra en juego cuando la conducta enjuiciada no pueda subsumirse en otras figuras más específicas del Código Penal que impliquen también un atentado contra la dignidad moral de otros, de las que existen numerosos ejemplos en otros títulos del Código (SAP Sevilla, sec. 4ª nº 150/2004, de 4 de marzo).

La aproximación a los conceptos de trato degradante y de menoscabo grave de la integridad moral exige analizar el estado de la cuestión en la jurisprudencia.

4.-2.2 El elemento medial (infligir a una persona un trato degradante)

En lo que hace al trato degradante, desde el punto de vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cabe señalar que en la STEDH de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra Reino Unido) se considera que el concepto de malos tratos o tortura estipulado se refiere sólo a los casos que revisten una cierta gravedad, y que esta gravedad mínima ha de estimarse de acuerdo con las circunstancias del caso y de la víctima. En esta sentencia expresamente se considera maltrato degradante cinco técnicas utilizadas en el caso analizado: mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua y restringirles la dieta.

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 (STEDH de 25 de Febrero de 1982, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido).

La reciente STEDH sección primera 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.

Avanzando más, las SSTS nº 1218/2004, de 2 de noviembre, 819/2002, de 8 de mayo y 1122/1998, de 29 de septiembre consideran que los tratos degradantes son “aquellos que pueden 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”.

Con carácter general la expresión "trato degradante" presupone *una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso*

no habría "trato" sino simplemente ataque (STS nº 819/2002, de 8 de mayo). En esta línea la SAP Sevilla, sec. 4ª nº 150/2004, de 4 de marzo exige en la conducta típica dos caracteres: *la continuidad y la eficacia para inducir sentimientos de angustia y de humillación*.

Sin embargo el TS no encuentra obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, *siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello* (STS nº 819/2002, de 8 de mayo). En esta línea de considerar que lo normal es que concorra permanencia o repetición pero con simultánea admisión de la posibilidad de quedar integrado en un solo acto se sitúa la STS nº 489/2003, de 2 de abril.

El delito contra la integridad moral del art. 173.1 permite pues 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 (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

Pero no ha de olvidarse que no todas las manifestaciones de acoso tienen acomodo típico, pues tanto en el caso del *mobbing* como en el de *bullying* (ambas tienen una zona de intersección) estas conductas pueden proyectarse en un amplio elenco de acciones y omisiones que en algunos casos no suponen, como consecuencia necesaria, la intervención penal, regida por las exigencias de tipicidad, y por los principios de *lex certa* y *lex stricta*, teniendo presente el carácter fragmentario del derecho penal (en este sentido, en relación con el acoso laboral, SAP Tarragona, sec. 2ª nº 407/2004, de 26 de abril, AAP Tarragona, sec. 2ª, nº 201/2004, de 6 de mayo y AAP Barcelona sec. 8ª, de 15 septiembre 2003).

4.-2.3 El resultado (menoscabo grave de la integridad moral)

El resultado típico debe ser un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma, que se configura como valor autónomo, independiente de otros derechos (STS nº 1218/2004, de 2 de noviembre), en especial 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 (STS nº 819/2002, de 8 de mayo).

En lo referente al concepto penal de integridad moral, ha de delimitarse 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, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

El atentado a la integridad moral debe ser grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º del CP (STS nº 819/2002, de 8 de mayo).

En esta línea la STS nº 489/2003, de 2 de abril declara que el art. 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. En este mismo sentido, STS nº 2101/2001, de 14 de noviembre.

En cualquier caso, no se requiere que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica, cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones (STS nº 489/2003).

La STS nº 489/2003, de 2 de abril aún declarando que no se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal, incluye las conductas analizadas por la STEDH de 18 de enero de 1978 (vid. *supra*) y la realización de "novatadas" y, en general, las conductas susceptibles de producir 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 y moral" y conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc.. comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.

Así, 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. No obstante, la aplicación de este precepto exige que se haya producido como resultado un menoscabo en la integridad moral que pueda ser calificado como grave. Y ello en atención al principio de especialidad y al concurso de leyes y delitos que se recoge en el art. 8 del CP (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

En este sentido se ha considerado incluido en el tipo el acoso telefónico, escrito y personal que excede con mucho la gravedad del injusto que puede ser abarcada por la falta del artículo 620.2 CP, ni siquiera con el carácter de continuada (SAP Sevilla, sec. 4ª nº 150/2004, de 4 de marzo).

También se considera aplicable el tipo del artículo 173.1 en un supuesto de hechos vejatorios y gravemente degradantes inferidos a un ciudadano "al que no sólo le tuvieron en un estado de terror permanente, sino que utilizaron toda clase de

humillaciones obligándole a desnudarse, además de infundirle un terror psicológico incuestionable” (STS nº 454/2004, de 6 de abril).

En definitiva, puede decirse que el delito contra la integridad moral y la falta de vejaciones injustas se hallan en una misma línea de ataque, diferenciándose por la gravedad del atentado a la integridad moral en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho (SAP Sevilla, sec. 4ª nº 150/2004, de 4 de marzo).

4.-3 CONCURSO DE DELITOS

Debe recordarse que conforme al art. 177 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 aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.

Tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. Esto explica la regla concursal del art. 177 del CP (STS 1218/2004).

Por tanto no todo atentado a la integridad moral debe comportar necesariamente un atentado a otros bienes jurídicos, pudiendo concebirse comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

A la inversa, si además del atentado a la integridad moral, se producen daños a otros bienes jurídicos se castigarán, en su caso los hechos separadamente, lo que permite la sanción penal de los resultados producidos a consecuencia del trato degradante.

Estas pautas deben, no obstante, en Derecho Penal de Menores, matizarse: si bien son plenamente aplicables en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, a efectos de determinar la consecuencia habrá de estarse a las previsiones específicas que para determinar la medida en caso de concurso ideal se contienen en el art. 11 LORPM, conforme a la interpretación contenida en el punto V.5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre.

En Derecho Penal de Menores no se aplica, pues, la agravación de la consecuencia jurídica prevista para el mismo supuesto en el art. 77 CP sino que se sigue el principio de absorción.

4.-4 INDUCCIÓN AL SUICIDIO

El art. 143.1 CP castiga al que induzca al suicidio de otro. No es desgraciadamente descartable que los supuestos graves de acoso escolar puedan desembocar en el suicidio de los menores acosados.

Sin embargo, para mantener una acusación y fundamentar una sentencia condenatoria por este tipo delictivo, no será suficiente con que pueda llegar a demostrarse la relación de causalidad entre los actos de acoso y el resultado suicidio.

Como refiere la STS de 5 de mayo de 1988 la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción y por lo que ahora nos interesa 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*. (En el mismo sentido, SSTs de 25 de Junio de 1985, 16 de diciembre de 1989, 12 de noviembre de 1991 y 11 de junio de 1992).

La STS nº 421/2003, de 10 de abril resalta cómo el inductor despliega su conducta sobre otras personas al objeto de que ejecuten un hecho concreto y en relación también con una víctima concreta.

No será desde luego subsumible en el tipo la conducta consistente en “forzar” al suicidio, por cuanto el suicida ha de decidir libremente su muerte, por lo que la conducta del que fuerza sería constitutiva de homicidio o asesinato.

A través de la vía del art. 177, un resultado muerte por suicidio causalmente conectado con los actos contra la integridad moral pero no imputable a título de dolo, podrá en su caso ser castigado como homicidio imprudente.

5.- MEDIDAS CAUTELARES

La respuesta al acoso escolar desde la jurisdicción de menores debe pivotar sobre tres ejes: protección de la víctima con cesación inmediata del acoso, respuesta educativa-sancionadora al agresor, modulada según sus circunstancias psico-socio familiares y según la entidad de los hechos cometidos y, en su caso, reparación de daños y perjuicios.

Podrá el Fiscal interesar medidas cautelares en protección de la víctima. En los casos mas graves cabrá, eventualmente, aplicar la medida de internamiento. No obstante, la aplicación de esta medida debe necesariamente restringirse, teniendo en cuenta los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

En todo caso debe exigirse que concurra para la adopción de la medida cautelar de internamiento alguno de los fines legítimos aceptados por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 128/95, 40/87, 44/97, 33/99, 14/00, 47/00, 207/00, 145/01,

217/01 y 23/02), siempre subordinados al respeto al principio del superior interés del menor. Por ello no podrá esta medida fundamentarse en la alarma social, pese al mantenimiento formal del texto del art. 28 LORPM.

En consecuencia, los Señores Fiscales se abstendrán en sus informes de utilizar el criterio de la alarma social concurrente como justificador de la petición de internamientos cautelares de menores.

De ordinario, en caso de necesidad de tutela cautelar, será suficiente con una libertad vigilada acompañada de las reglas de conducta que se estimen precisas para preservar la integridad de la víctima, pudiendo, si se estima necesario, promoverse la aplicación de reglas que supongan mayor o menor grado de alejamiento (v. gr. prohibición de comunicación). A estos efectos deberán tenerse presentes las conclusiones alcanzadas por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2004 *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*. También en este punto será esencial comunicar al centro docente la medida adoptada.

6.- TRANSMISIÓN DE LA NOTITIA CRIMINIS. ASPECTOS RELATIVOS A LA PRUEBA.

Es frecuente que las víctimas de acoso estén demasiado asustadas para dar el paso adelante de formular una denuncia, incluso de comunicar su situación a sus representantes legales o a sus profesores. La pérdida de autoestima y el temor a que la situación empeore lleva en muchos casos a los acosados a soportar estoicamente la situación, persuadidos de que no hay solución. Incluso en ocasiones la víctima llega a convencerse de que merece el tratamiento que recibe por parte del acosador.

Del mismo modo los estudios muestran una tendencia a que el fenómeno pase desapercibido para los adultos. A mayor edad en el acosado, menor probabilidad de que el mismo comunique la situación a sus mayores. Ello lleva a que los casos de menores que sufren el acoso en silencio, invisibles para los adultos, sean abundantes.

Además debe tenerse en cuenta que en un alto número de supuestos las agresiones físicas o no existen o por su levedad no dejan huella susceptible de objetivación.

Ha de procurarse, pues, superar lo que se ha denominado “conspiración del silencio” para ilustrar las dificultades que las características propias del acoso escolar generan para que éste llegue a conocimiento de las instancias oficiales, ya escolares, ya extraescolares.

Es por tanto esencial transmitir al menor que está siendo víctima de acoso que no es culpa de él y que no tiene porqué afrontar el problema en solitario.

En muchas ocasiones, las denuncias formuladas ante la Policía o redactadas por las propias víctimas no aportan elementos suficientes para aclarar si nos encontramos ante un verdadero supuesto de acoso escolar. Muchos de estos casos pueden ser transmitidos de forma fragmentaria, oscura o confusa, con apariencia de incidente aislado. Es por ello necesario que los Sres. Fiscales, en todos los supuestos en los que se denuncien actos de agresiones, amenazas o vejaciones en el ámbito escolar, antes de adoptar una decisión de fondo, citen a la víctima a fin de tomarle personalmente declaración. La intermediación seguida de un interrogatorio adecuado será una poderosa herramienta para clarificar la entidad de la situación denunciada y para adoptar la decisión mas adecuada.

En el interrogatorio del menor víctima habrá de tenerse especial cuidado, pues si se realiza de forma insistente existe un riesgo cierto de bloqueo en los casos en los que el mismo sea reacio a comunicar lo que le está pasando. Los adolescentes son renuentes a comunicar a los adultos problemas cuya resolución entienden son de su incumbencia, por lo que los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente hábiles a la hora de tratar de abrir un canal de comunicación con los mismos.

Los Sres. Fiscales habrán, en su caso, de sortear las dificultades probatorias inherentes a este tipo de delitos, tratando de realizar un acopio suficiente de elementos entre los que será especialmente interesante el testimonio de los amigos del menor y de los compañeros de clase así como el de los propios progenitores o representantes del mismo. A estos efectos debe tenerse presente que los menores víctimas de acoso tienden con mucha mayor frecuencia a comunicar la situación por la que están atravesando a sus amigos-iguales, que a sus profesores o progenitores o adultos en general.

En todo caso debe partirse de que según los estudios sobre el acoso escolar, es frecuente que el mismo sea conocido por un gran número de iguales que se limitan al papel de espectadores pasivos no comunicando dato alguno a profesores o adultos. Se producen situaciones de contagio social, y de cooperación en el maltrato y en otros casos es el propio miedo a pasar a ser incluido dentro del círculo de destinatarios de los actos de acoso lo que impide a los testigos superar ese rol de espectadores pasivos o de encubridores. Por otro lado, la extendida valoración negativa de la transmisión de información desde los alumnos al profesorado (*chivar*) también funciona como inhibidor de la colaboración en el esclarecimiento de la verdad.

La necesidad de evitar faltas de cooperación e inhibiciones por parte de posibles testigos, reacciones frecuentes en este tipo de delitos en los que víctimas, victimarios y testigos conviven y pasan juntos una parte importante de la jornada, antes y después del inicio del procedimiento, impone el análisis de la aplicabilidad en fase de instrucción de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, *de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales*, así como los presupuestos de aplicación de los mecanismos de tutela a testigos en ella comprendidos y el órgano competente para adoptar tales decisiones.

La Ley Orgánica 19/1994 prevé la adopción de una serie de medidas con tal objeto cuando "*la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, la libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella*" (art. 1.2), correspondiendo al Juez de Instrucción acordar motivadamente, de oficio o a instancia de parte, las medidas que estime necesarias "*para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo..*" (art. 2).

A la pregunta de si la Ley es aplicable en el ámbito del proceso penal de menores ha de contestarse afirmativamente. El art. 37.3 LORPM, integrado en el Título V bajo la rúbrica "*de la fase de audiencia*" expresamente lo prevé: "*en su caso, en este procedimiento se aplicará lo dispuesto en la legislación relativa a la protección de testigos y peritos en causas penales*".

Cabría entender que tal expresa previsión para la fase de audiencia supone una implícita exclusión de su aplicación en la fase de instrucción.

Sin embargo, tal interpretación debe ser rechazada, pues el art. 37.3, pese a su ubicación, autoriza la aplicación de la legislación de protección de testigos y peritos genéricamente en el procedimiento, sin ceñirla pues a la fase de audiencia, incluyendo por tanto también a la fase de instrucción.

Por lo demás el art. 1 de la Ley Orgánica 19/1994 dispone que *las medidas de protección previstas en esta ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales*. No se excluye, pues, a ninguno de los procesos penales vigentes en España, siendo claro que el proceso de menores aún con todas las peculiaridades que le son inherentes es un proceso penal (art. 1 LORPM, art. 82.3 LOPJ, Disposición Final primera LORPM), por lo que entra dentro del ámbito de aplicación genérico de la Ley, no desprendiéndose ni explícitamente de su articulado ni implícitamente, del análisis de los principios generales que lo informan y que pueden decantarse a través de una interpretación sistemática de la LORPM, una prohibición a su aplicación en la fase de instrucción.

A fortiori, la *ratio* que informa a la LO 19/94 es perfectamente detectable en el proceso penal de menores, en el que con relativa frecuencia existe una demanda por parte de los testigos hacia las instancias oficiales a fin de que ya en fase de instrucción se les provean medios de protección, ante el temor de sufrir represalias por parte de los menores infractores, de sus compañeros de grupo o incluso de sus familiares.

Los presupuestos de aplicación de las medidas de protección previstas en la LO 19/94 serán, al igual que ocurre en el proceso de adultos: 1) que se aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos 2) que se acuerde motivadamente, de oficio o a instancia de parte, en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias.

Las medidas que podrán adoptarse serán cualquiera de las comprendidas en el art. 2, a saber: a) que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave, b) que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, c) que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario. Incluso eventualmente no es a priori descartable que algún supuesto exija las medidas de protección cualificadas previstas en el art. 3.

En consecuencia, todo el proceso de adopción, modificación y extinción de estas medidas debe estar presidido por la ponderación (*balancing*) de los bienes jurídicos protegidos, de los derechos en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

En cuanto a la cuestión relativa a la autoridad competente para adoptar estas medidas, es claro que corresponderán al Juez de Menores durante la fase de audiencia. En lo tocante a la fase de instrucción, teniendo en cuenta que la LO 9/94 atribuye la facultad para adoptar las medidas al Juez instructor, y que la LORPM traslada al Fiscal las actuaciones instructoras, ha de partirse de que en el ámbito del proceso penal de menores será el Fiscal el legitimado para adoptar en esta fase las medidas de protección. Esta línea interpretativa ha sido acogida por la SAP Guipúzcoa (sección primera) nº 178/05, de 15 de julio en la que expresamente se reconoce que el Fiscal puede acordar *“las medidas de protección de testigos y peritos contenidas en la LO 19/94...asumiendo las funciones que en el proceso penal de adultos competen al Juez de Instrucción (art. 1.2 y 2 LO19/94). Cuando se adoptan, en la fase de instrucción medidas de protección de testigos y peritos, acudiendo como marco normativo a las estipulaciones contenidas en la LO 19/94, no se restringen derechos cuya tutela compete a un órgano jurisdiccional; se estipula un espacio institucional de protección de los testigos o peritos que no menoscaba el estatuto jurídico del imputado, vertebrado en torno al derecho de defensa, dado que permanecen intangibles las facultades de interrogar y hacer interrogar al testigo de cargo así como las de ofrecer las pruebas de descargo”*.

Esta atribución al Fiscal debe entenderse sin perjuicio de que si por el Letrado del menor se entiende que la restricción no se ajusta a Derecho o menoscaba su derecho de defensa, se admita, por aplicación de lo dispuesto en el art. 26.1 LORPM que el mismo reproduzca su petición, en cualquier momento, ante el Juzgado de Menores, a fin de que éste se pronuncie.

Además de esta vía de control, el Juez de Menores en el auto de apertura de la audiencia (art. 34) habrá de pronunciarse sobre la necesidad de mantener o no las medidas de protección de testigos acordadas durante la instrucción, aplicando lo dispuesto en el art. 4.1 LO 9/94.

En otro orden de cosas, podrá ser un indicio del acoso el representado por el hecho base de que el menor haya sufrido modificaciones de carácter, brusco descenso en el rendimiento escolar, abandono de aficiones, depresión, o negativa a asistir al centro escolar. No obstante, estos hechos pueden tener explicaciones alternativas, por lo que habrá de tratarse de excluir esas otras posibilidades. A tales efectos podrá resultar especialmente recomendable acordar como diligencia instructora el examen pericial de la víctima a efectos de su evaluación psicológica.

Tampoco debe olvidarse que cada vez resulta mas frecuente que los acosadores utilicen las nuevas tecnologías (correo electrónico, mensajes SMS etc.) para amenazar o vejar. El acopio documentado de estos elementos puede ser de especial interés para acreditar el carácter continuado del acoso.

Parece desde luego fuera de toda duda que el Fiscal instructor puede por sí consignar y documentar en el expediente los mensajes SMS o de correo electrónico amenazantes aportados por el receptor de los mismos.

7.- LA RESPUESTA AL ACOSADOR DESDE LA JURISDICCIÓN DE MENORES:

Un correcto tratamiento del menor acosador debe estar presidido por la filosofía educativa y socializadora inherente a la LORPM. Por ello, ha de partirse de que estos menores son susceptibles de reeducación, y que pueden cambiar, por lo que debe huirse de un etiquetaje de los mismos como matones o acosadores, pues tal etiquetaje conlleva el riesgo cierto de hacer que los mismos asuman perennemente el rol institucional o socialmente asignado.

Si en general en Derecho Penal de menores debe huirse de generalizaciones y ha de buscarse la respuesta individualizada adecuada para cada caso, cuando la conducta analizada integra un supuesto de acoso escolar, estas reflexiones si cabe, se potencian aún más, pues no hay, desde luego, una respuesta única. Cada caso puede requerir una específica intervención.

Existirán incluso supuestos que, encuadrables en el concepto social amplio de acoso no sean susceptibles de subsunción en ningún tipo penal. En este sentido se ha hablado por la doctrina de la necesidad de respetar un umbral de relevancia penal mínima. En estos casos de falta de significación penal, la única respuesta de la jurisdicción de menores será la remisión de testimonio a la dirección del centro para que adopte las iniciativas que estime oportunas, sin perjuicio, en su caso, de la reapertura de las Diligencias ante nuevos hechos con significación jurídico penal.

7.-1 POSIBILIDADES DE DERIVACIÓN Y DESCRIMINALIZACIÓN

7.-1.1 El desistimiento en la incoación de expediente:

El art. 18 LORPM regula la manifestación más radical del principio de oportunidad al permitir al Fiscal la no incoación de procedimiento pese a haberle llegado a su conocimiento la existencia de hechos constitutivos de infracción penal verosímiles y con personas identificadas.

Es un principio de oportunidad reglado porque está sometido a condiciones estrictas, y así se reserva para supuestos: 1) que constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación, o faltas. Por tanto, quedarán excluidos los delitos graves (concurra o no violencia o intimidación) y los delitos menos graves (cuando concurra violencia o intimidación); las faltas podrán ser archivadas aun cuando concurra violencia o intimidación; 2) que se trate de menores que no hayan cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. No exige la LORPM que exista una sentencia condenatoria firme anterior, por lo que este requisito deberá interpretarse de forma flexible.

No procederá hacer uso del desistimiento del art. 18 LORPM frente a hechos constitutivos de acoso, aunque no superen el rango de la mera falta, si el menor denunciado lo hubiera sido ya con anterioridad en otra ocasión por hechos encuadrables en el concepto de acoso, aunque la tipificación de esa conducta anterior varíe sustancialmente respecto de la que merezcan los hechos nuevos.

Si no existe reiteración y atendida la levedad de la conducta denunciada los hechos no son susceptibles de calificarse más que de una simple falta cabrá acordar el desistimiento. En estos casos, pese a no estar expresamente previsto, el desistimiento habrá de acompañarse de una simultánea remisión de testimonio de lo actuado a la Dirección del centro docente, conforme a la fundamentación expuesta *supra*.

Aunque la LORPM no prevé la notificación del Decreto de desistimiento al perjudicado, a fin de evitar potenciales indefensiones, los Sres. Fiscales habrán de ponerlo también en conocimiento del menor víctima y de sus representantes legales. Una adecuada información a la víctima sobre las vicisitudes del procedimiento puede ser el más eficaz mecanismo de autoprotección.

7.-1.2 Desistimiento por reparación. Otras modalidades de desjudicialización:

Si los hechos tienen rango delictivo o, pese a no sobrepasar la simple falta se estima necesaria la intervención de la jurisdicción de menores mediante la apertura de expediente aún cabrá, antes de decidir la presentación de alegaciones, valorar en su caso la posibilidad de una reparación extrajudicial o una mediación.

La derivación prevista en el art. 19.1 LORPM presupone ya un expediente incoado, en el que no se ha estimado adecuado el ejercicio del principio de oportunidad del art. 18.

Como presupuesto es necesario que los hechos no sobrepasen la calificación de falta o de delito menos grave. Aunque no es imprescindible que no concurra violencia o intimidación, la LORPM obliga a valorar la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular la falta de violencia o intimidación graves.

La LORPM permite amplias posibilidades de poner fin al expediente a través de una conducta activa socializadora del menor infractor bien disculpándose ante la víctima, bien asumiendo compromisos reparadores, bien realizando una actividad educativa.

Las posibilidades de la justicia restaurativa y de mediación pueden alcanzar un relevante despliegue funcional en las manifestaciones leves o iniciales de acoso. En todo caso en estos supuestos habrá de trasladarse a los victimarios el mensaje claro y nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; simultáneamente habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier repunte de acoso, trasladándole la confianza en las instituciones y la idea de que el caso no está definitivamente cerrado.

El valor añadido a esta forma de terminar el proceso y de dar respuesta al menor infractor deriva de que limita los efectos estigmatizantes inherentes a las actuaciones judiciales, así como simultáneamente amplía su contenido pedagógico y educativo, por lo que puede ser especialmente recomendable como respuesta a una infracción como la analizada, que se comete dentro de la comunidad educativa y de la vida académica.

La asunción de la propia responsabilidad por el comportamiento de acoso tiene un enorme potencial resocializador, como primer paso para superar la crisis. La ulterior conducta reparadora podrá suponer la satisfacción del menor acosado y la definitiva superación del conflicto, sin necesidad de pasar por el duelo dialéctico inherente al acto del juicio (audiencia) propiamente dicho.

Una de las vías para poner fin a las situaciones de acoso es conseguir que los implicados hablen sobre lo que está pasando, a través de la mediación. Pero esta vía exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación. Los expertos consideran adecuada la mediación cuando no hay una situación de fuerte desequilibrio entre los afectados, no siendo útil para todos los supuestos de acoso. Así, no será adecuada cuando el acosador no tiene el menor interés en cesar en sus actos o

cuando la víctima ha llegado a una situación de pánico que le inhabilita para tomar parte en el proceso.

Especialmente indicada en estos supuestos desjudicializadores será la modalidad de compromiso por parte del menor infractor a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

En definitiva, cabrá que en supuestos de acoso escolar, se arbitre una solución extrajudicial como respuesta desde la jurisdicción de menores, cuando así lo aconsejen las circunstancias psico socio familiares del menor infractor, las circunstancias concurrentes y además cuando la violencia o intimidación empleada no alcance entidad suficiente para descartarla.

El propio Defensor del Pueblo en su informe sobre “violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria” (Madrid, 2000) consideraba que “el ámbito escolar, en el que se producirían estos supuestos delictivos, es especialmente adecuado para procurar la reparación”.

Debe aquí recordarse que el apartado sexto del art. 19 introduce requisitos adicionales para los supuestos (será lo usual en casos de acoso) de víctimas menores de edad: *"en los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores"*.

Habrà de entenderse que si en estos supuestos de víctimas menores el Juez no da su aprobación, el expediente deberá continuar su tramitación no pudiendo archivarse en base al art. 19, sin perjuicio de que en su caso pudiera proponerse el archivo por la vía del art. 27.4, especialmente si tanto el menor-víctima, como el representante legal y el Fiscal están de acuerdo con el compromiso alcanzado.

Si quien no asume el compromiso es el representante legal del menor víctima, esté o no personado como acusación particular habrán los Sres. Fiscales de abandonar también la vía del art. 19 LORPM, sin perjuicio, en su caso, de plantearse una posible utilización de la vía prevista en el art. 27.4 LORPM.

En efecto, con carácter general, otras vías de desjudicialización que podrán eventualmente ser utilizadas son las previstas en el art. 27.4 LORPM:

1) conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados.

2) conveniencia de no continuar la tramitación del expediente por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos

En ambos casos, para utilizar estas soluciones respecto de un menor implicado en un caso de acoso también se requerirá que concurren los requisitos referidos al analizar el art. 19.1 LORPM.

Por lo demás, estas amplias facultades del Fiscal habrán de equilibrarse mediante un riguroso cumplimiento de la obligación de fundamentar los decretos de desistimiento y las peticiones de sobreseimiento (vid. Instrucción 1/2005, 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*) así como la obligación de notificar a los perjudicados, conforme a lo dispuesto en el art. 270 LOPJ y por aplicación supletoria de lo dispuesto en los arts. 779.1.1ª, 785.3, 789.4, 791.2 y 792.4 LECrim, que tras la reforma operada por la Ley 38/2002 de 24 de octubre, introduce en el procedimiento abreviado el derecho de la víctima, aun cuando no haya deseado mostrarse parte, a ser notificada de las resoluciones judiciales de mayor relieve, siguiendo las previsiones de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

En todo caso no debe olvidarse que si la víctima o sus representantes se encuentran personados como acusación particular, el nuevo art. 25 f) LORPM les reconoce la facultad de ser oídos en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento. Será por tanto necesario que se dé traslado a la acusación particular para que se pronuncie cuando el Juez de Menores reciba la propuesta de sobreseimiento del Fiscal.

7.-2 MEDIDAS IMPONIBLES

7.-2.1 Principios generales

La peculiaridad del sistema de selección de las medidas imponibles y de la determinación de su extensión hace que no quepa dar pautas concretas sobre este punto.

En el tratamiento de los menores responsables de infracciones penales relacionadas con el acoso escolar habrán de respetarse los principios generales del Derecho Penal y los especiales de Derecho Penal Juvenil. El principio de legalidad penal, de proporcionalidad en su faceta de imposibilidad de imponer medidas graves por hechos leves, la obligación de tener en cuenta las circunstancias del menor, la necesidad de reducir al mínimo las restricciones a la libertad del menor, principios asumidos tanto por las Reglas de Beijing como por la Recomendación N° R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y por nuestra LORPM, deben en todo caso ser observados.

En esta última Recomendación se parte de la consideración de que los jóvenes son seres en evolución y por consiguiente, "todas las medidas adoptadas respecto de

ellos deberían tener un carácter educativo". Igualmente las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil deben "tener presente la personalidad y las necesidades específicas de los menores."

Por lo demás, la Convención de Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990), en su art. 3 apartado 1 establece la necesidad de atender al interés superior del niño en todas las medidas que se adopten. Este principio, como brújula que ha de orientar el proceso de selección y aplicación de las medidas se reconoce profusamente en la Exposición de Motivos de la LORPM y se concreta en la regla básica de determinación de las medidas contenida en el art. 7.3 LORPM.

También debe recordarse que la reciente Recomendación (2003) 20, de 24 de septiembre del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil* en su punto III.8 dispone que para tratar la delincuencia juvenil seria, violenta y persistente, los estados miembros deberían desarrollar un espectro más amplio de sanciones y medidas comunitarias innovativas y más efectivas (pero proporcionales). Estas medidas deberían dirigirse directamente al comportamiento y a las necesidades del infractor. Deberían implicar a los padres o representantes del menor (salvo que se consideren contraproducentes) y si es posible, utilizar la mediación, restauración y reparación a la víctima.

En los supuestos de alumnos implicados en malos tratos a sus iguales es esencial que sea cual sea la medida que se les aplique, la misma tenga una orientación educativa que les ayude a interiorizar la valoración de su comportamiento y a comprender los efectos que el mismo provoca en la víctima incrementando sus habilidades sociales y en especial las técnicas de resolución de conflictos.

La experiencia ha demostrado en otros países que el abordaje del tratamiento de los acosadores desde un prisma meramente represivo o retributivo no soluciona el problema. Por ello es importante una terapia que lleve al menor infractor a convencerse de lo negativo de su comportamiento.

La flexibilidad que debe presidir la elección de la concreta medida a aplicar y su determinación cuantitativa deberá mantenerse durante su ejecución, utilizando cuando sea procedente la suspensión (art. 40 LORPM) o la cancelación anticipada, la reducción o la sustitución (arts. 14 y 51 LORPM).

7.-2.2 Libertad vigilada:

Dentro de la libertad vigilada es especialmente recomendable la imposición de reglas de conducta que ayuden al menor acosador a comprender el efecto de sus acciones y a asumir su propia responsabilidad. Es claro que este proceso reflexivo es un

prius para que la medida sancionadora-educativa pueda tener algún grado de eficacia socializadora.

La imposición de las reglas de conducta, potestativas para el Juez, pueden ser una vía adecuada tanto para proteger a la víctima como para encauzar adecuadamente la evolución del menor infractor. La flexibilidad del régimen de la libertad vigilada se potencia con la cláusula abierta que introduce el nº 7: se pueden establecer otras reglas de conducta no previstas, innominadas, con tal de que cumplan dos condiciones: 1) que estén orientadas a la reinserción social y 2) que no atenten a la dignidad del menor como persona.

Deberán evitarse que las reglas de conducta puedan generar estigmas o menoscabos evitables al honor, intimidad y propia imagen del menor (así podría ser contraproducente que en el propio ámbito escolar el menor debiera realizar tareas que lo señalaran como autor de un delito).

Las posibilidades de estas reglas innominadas son inmensas, siendo éste un terreno abonado para que la capacidad creadora de Juez y Fiscal de Menores fructifique provechosamente en interés del menor infractor. Dentro de las mismas podría comprenderse la de imponer al menor infractor la tarea de ayudar durante un determinado período de tiempo a compañeros de clase extranjeros en sus obligaciones escolares, escribir redacciones reflexivas en las que se coloquen en el lugar de las víctimas, evitar relaciones con grupos problemáticos o auxiliar a compañeros recién incorporados al centro docente, al modo de los sistemas de *pairing* utilizados en las escuelas secundarias escocesas como técnica *antibullying*, por medio de la cual a los alumnos especialmente vulnerables (recién llegados, miembros de minorías, menores con discapacidades etc.) se les asigna un compañero de curso superior que actúa a modo de amigo protector.

Debe en este punto hacerse un recordatorio a la doctrina contenida en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre de 2000, *relativa a criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000* en la que se propone, para salvaguardar el principio de legalidad, (sobre todo a la vista de la amplitud de la regla 7ª), "que su contenido quede definido con los contornos más precisos posibles al dictarse la sentencia, de modo que ésta contemple expresamente a cuáles de las reglas de conducta previstas en el art. 7.h) habrá de someterse el menor".

7.-2.3 Prestaciones en beneficio de la comunidad

La experiencia demuestra que esta medida suele tener efectos muy positivos como generadora de un proceso de reflexión crítica del menor ante su conducta y para la asunción del compromiso de respeto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello también puede ser una opción para los menores implicados en conductas de acoso escolar.

La LORPM busca relacionar la prestación con la naturaleza del bien jurídico lesionado dejando ver con toda claridad el fondo educativo de la medida, con el fin de que el menor perciba de un modo directo las consecuencias de su actuación, asumiendo su responsabilidad con el propósito último de evitar en el futuro hechos similares.

Deberán buscarse horarios para la realización de las prestaciones que no interfieran en la actividad formativa del menor (art. 20.6 Reglamento LORPM). Por ello, en su ejecución habrán de utilizarse fundamentalmente los fines de semana, días festivos o períodos vacacionales.

Esta medida se ha considerado indicada como respuesta para que los menores entiendan los valores de tolerancia, respeto a bienes ajenos y comunes y civismo, frente a actos que pongan de relieve déficits en estos ámbitos y cuando no se requiera una intervención global.

El Defensor del Pueblo en su informe sobre “violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria” abogaba también por la utilización de esta medida como una posibilidad especialmente aconsejable.

7.-2.4 Realización de tareas socio educativas

Esta medida, en tanto no exige el consentimiento del menor infractor, cuando no pueda recabarse éste, podrá ser una alternativa a las prestaciones en beneficio de la comunidad.

La propia Exposición de Motivos de la Ley da ejemplos de modalidades de tareas socio-educativas que pueden encajar en las necesidades del menor maltratador: *"asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo, participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc."* Igualmente habrán de buscarse horarios para la realización de las prestaciones que no interfieran en la actividad escolar (art. 21 Reglamento LORPM).

7.-2.5 Permanencias de fines de semana

Esta medida permite para su cumplimiento la alternativa de utilizar el propio domicilio del menor.

Se trata de una medida privativa de libertad pero que al ejecutarse en fin de semana evitará efectos colaterales estigmatizadores o perturbadores para la vida académica del menor.

La expresa previsión legal de que se impongan tareas socioeducativas durante su cumplimiento permite superar su proyección meramente retributiva, orientando la medida a las finalidades educativas consustanciales al proceso de menores.

La Exposición de Motivos de la LORPM da pautas para los supuestos en los que es aconsejable, refiriéndose a que es *"adecuada para menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana."*

Podrá ser un medio adecuado, en determinados supuestos, combinado con las tareas socio educativas, para dar respuesta a conductas de acoso.

Para hechos constitutivos de falta, con el fin de respetar las reglas de proporcionalidad, solo cabrá imponer permanencias cuando el Código Penal haya previsto para la concreta falta la pena de localización permanente. Aún en estos casos, las permanencias, con el fin de que no sean más gravosas que la pena paralela para los adultos, habrán de cumplirse en el domicilio del menor y no en centros de reforma.

Recordemos en este punto que la Circular 1/2004, 24 de noviembre de 2004, *sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003* declaraba que debe considerarse -en igualdad de extensión temporal- que la localización permanente resulta más favorable que la pena de arresto de fin de semana, pues esta nueva pena presenta la peculiaridad -sin duda más beneficiosa desde el punto de vista del ejecutoriado- de que el lugar de cumplimiento en la mayoría de los casos se reservará al domicilio del penado y en ningún caso podrá ejecutarse en Centro Penitenciario, a diferencia de la pena de arresto de fines de semana que según el art. 37 en su redacción anterior a la reforma debía llevarse a efecto en dichos centros o en depósitos municipales.

7.-3 LA SANCIÓN IMPUESTA POR EL CENTRO EDUCATIVO Y EL NON BIS IN IDEM

El sistema educativo contempla distintos regímenes disciplinarios para los alumnos y estudiantes en los centros, con la consiguiente posibilidad de confluencia o solapamiento respecto de la intervención de la jurisdicción de menores. Deben, pues, dejarse las cuestiones derivadas del principio *non bis in idem*.

La STC 2/81 de 30 de enero declaró que este principio " *supone en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones-administrativa y penal -en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía*

especial de la Administración...- que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración".

Solo en los supuestos en los que no concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento de la infracción penal y la administrativa, cabrá, sin violentar el principio, la imposición de dos sanciones, penal y administrativa. La identidad de fundamento habrá de entenderse como identidad de interés jurídico protegido, pues como dice la STS 234/1991, de 10 de diciembre, no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *non bis in idem* no tendría mas alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno como titular de la potestad reglamentaria) quisiera darle.

En el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, especialmente en el derecho disciplinario, tradicionalmente se admitía con gran amplitud la duplicidad de sanciones. Sin embargo la jurisprudencia constitucional en su evolución ha ido matizando y restringiendo tal posibilidad. Así, la STC 61/1990, de 29 de marzo afirmaba que la existencia de una relación de supremacía especial no podía suponer la relativización y supresión de los principios constitucionales. Por su parte, la STC 234/1991, de 10 de diciembre, declara que "la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones" y que "para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección".

Por tanto, en los supuestos de relaciones de sujeción especial, el fundamento de la posibilidad del *bis in idem*, administrativo y penal debe ser también el de la falta de la concurrencia de la triple identidad de sujetos, hecho y fundamento.

Solo será procedente la doble sanción si la infracción penal y administrativa tutelan bienes jurídicos concretos completamente distintos y si la pena señalada al delito no pone ya de manifiesto que el legislador ha contemplado en ella la repercusión de la conducta sobre la relación de servicio o funcional.

Criterios análogos se acogen en el Derecho disciplinario aplicable a menores infractores: el art. 60.6 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM dispone que *aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de infracción penal podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de esta sanción, que ha de ser distinto del de la penal, sea la seguridad y el buen orden del centro. En estos casos, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera.*

Pero aún en el caso de que se llegara a la conclusión de que concurre la triple identidad, el hecho de que la conducta hubiera sido ya sancionada disciplinariamente en el ámbito escolar no impide que en la jurisdicción de menores pueda imponerse una medida. A estos efectos será aplicable la jurisprudencia acuñada por la STC 2/2003, de 16 de enero, que dictada por el Pleno del TC, modifica la doctrina sentada por la STC 177/1999 y se decanta por considerar que la imposición de dos sanciones, una administrativa inicial y otra penal, no entraña exceso en la respuesta punitiva de los poderes públicos a la infracción cometida cuando la primera sanción queda embebida en la segunda.

El TC llega a la conclusión de que desde la perspectiva formal no se viola el principio del *non bis in idem* porque la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.

Desde la vertiente material del principio *non bis in idem*, el TC considera correcta la solución en estos casos de deducir la sanción administrativa de la pena impuesta en ejecución de sentencia. Esta solución no es contraria a la legalidad vigente, siendo adecuada por razones de justicia material y respetuosa con el principio de proporcionalidad.

La doctrina de la STC 2/2003 ha calado en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS (vid. SSTS 833/2003, de 2 Junio y 654/2004, de 25 de mayo).

En definitiva, y en aplicación de los criterios expuestos ha de concluirse con que: 1) si no existe la triple identidad serán compatibles las sanciones disciplinarias impuestas en el centro escolar con las impuestas por la jurisdicción de menores 2) si existe la triple identidad la previa tramitación del expediente disciplinario no impide la tramitación de expediente de menores conforme a la LORPM 3) en este último caso habrá de tenerse en cuenta la sanción impuesta en el ámbito escolar, ya desistiendo conforme al art. 18 LORPM (a estos efectos no debe olvidarse que la rúbrica del precepto se refiere al *desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*), ya acordando el sobreseimiento del expediente, si se dan las circunstancias previstas en los art. 19.1 o 27.4, ya modulando la naturaleza o la extensión de la medida que se imponga.

Esta operación de compensación habrá de revestir en la justicia de menores una gran elasticidad, teniendo presente la flexibilidad inherente a las reglas de determinación de la medida.

8.- TRATAMIENTO DE LA VÍCTIMA

En el abordaje del acoso escolar el papel principal y las máximas preocupaciones deben centrarse en la víctima, que a su condición de menor (compartida con el victimario) anuda la de sujeto pasivo del delito.

De nuevo puede detectarse cierto paralelismo con la violencia de género. El nexo común es el del abuso de un ser humano sobre otro prevaleciéndose de una cierta situación de superioridad. Por ello debe traerse a colación la reflexión contenida en la Instrucción 4/2004, de 14 de junio, *acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica*: en efecto, la denuncia por un hecho violento entre iguales en un centro escolar es algo más que la simple transmisión de una *notitia criminis*. La experiencia demuestra que, en no pocos casos, la víctima menor que acude a unas dependencias policiales o la Sección de Menores de Fiscalía, *está denunciando un hecho delictivo*

pero, al propio tiempo, está exteriorizando su confianza en que los mecanismos jurídicos de protección van a funcionar adecuadamente. Y el Fiscal representa una pieza clave a la hora de activar esa respuesta jurídica de salvaguarda y tutela.

El menor víctima de acoso puede padecer con la iniciación de la investigación penal un recrudecimiento del sufrimiento infligido por el agresor, por lo que debe verse amparado por una respuesta rápida que le tutele con eficacia de posibles venganzas.

Si la defensa de los derechos de la víctima ha de integrar uno de los objetivos prioritarios de la actuación del Fiscal en cualquier proceso penal, cuando la misma es una persona menor de edad, los esfuerzos del Ministerio Público han de redoblar, al confluír dos obligaciones: la genérica de "...velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas" (apartado 10 del art. 3 del EOMF) y la específica de ser cualificadamente defensor de los derechos del niño (Instrucción de la Fiscalía General del Estado 7/2004).

La Sección de Menores de la Fiscalía habrá de activar los mecanismos procesales procedentes de interposición entre el agresor y la víctima, y promover la protección integral de ésta última.

Los menores acosados suelen encontrarse subjetivamente en una situación de total indefensión y desamparo. Frecuentemente pierden la capacidad de concentración en las explicaciones y en los estudios, pierden confianza en si mismos y sus niveles de autoestima alcanzan cotas mínimas, generándoles incapacidad para poner fin por sí mismos a la situación, y para solicitar ayuda de los adultos. Estas probables afecciones deben condicionar el tratamiento que ha de darse a la víctima de acoso escolar.

Habrán de modularse las declaraciones a tales peculiaridades, sin olvidar las posibilidades que la Ley de Protección de Testigos brinda para asegurar la tranquilidad y serenidad de los mismos a través de todo el proceso, conforme a lo expuesto *supra*.

Deben también aquí recordarse las reflexiones contenidas en relación con las víctimas en general y con el proceso de menores en especial en la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*.

Los Sres. Fiscales habrán de partir *-mutatis mutandis-* de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el párrafo último del art. 109 LECrim, por lo que en estos procesos habrá de asegurarse la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

También habrán los Sres. Fiscales de cuidar de que en el acto de recibirse declaración al ofendido, se le instruya, asistido de sus representantes, del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso como acusación particular o como actor civil, por aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado primero del art. 109 LECrim, en relación con el art. 25 LORPM.

9.- ASPECTOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Los centros docentes tienen una indubitada responsabilidad en garantizar espacios seguros para que los menores puedan cursar sus estudios y disfrutar de las horas de recreo en paz, libres de agresiones y vejaciones.

Los estudios sobre acoso escolar muestran que frecuentemente éstos tienen lugar -además de en las inmediaciones del centro-, en patios de recreo, aseos, vestuarios, gimnasios, comedores, pasillos e incluso aulas. La adecuada supervisión de las instalaciones del centro es algo legítimamente exigible.

El Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995 expresamente recogía en su art. 37.3 la responsabilidad civil subsidiaria de que las personas o entidades públicas o privadas que sean titulares o de las que dependa un Centro de enseñanza por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del centro, menores de 18 años, durante los períodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, si existiese negligencia en dicha vigilancia.

También se recogió este supuesto en la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor presentada el 29 de noviembre de 1996.

Aunque la LORPM no regula el supuesto previsto en el art. 1903.5 CC, cabe entender que puede demandarse como responsables civiles a los titulares de centros docentes de enseñanza por los daños y perjuicios derivados de delitos y faltas cometidos por los 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"*.

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. Con el fin de evitar el siempre odioso peregrinaje de jurisdicciones y conforme al principio de economía procesal -que exigiría que todos los eventuales responsables pudiesen ser demandados en un mismo proceso- de acuerdo con el principio de protección de la víctima, 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.

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

También cabrá anclar la reclamación dirigida contra el centro educativo en el art. 1903.5 CC, pues no debe, a este respecto, olvidarse la cláusula general de supletoriedad contenida en el art. 4.3 del Título Preliminar del Código Civil. Si para fundamentar la

responsabilidad de los centros docentes ha de acudirse al Código Civil habrán de tenerse muy presentes los criterios de interpretación que al respecto viene manteniendo la Sala Civil del Tribunal Supremo (Vid. entre otras, SSTS (Sala de lo Civil), de 21 noviembre 1990 núm. 524/1993, de 20 mayo, núm. 210/1997, de 10 marzo núm. 178/1999, de 8 marzo, núm. 349/2000, de 10 abril y núm. 1266/2001, de 28 diciembre).

Alternativamente podría articularse la reclamación civil en la responsabilidad subsidiaria del centro conforme a lo dispuesto en el art. 120.3º CP, teniendo en cuenta la supletoriedad del Código Penal en virtud de la Disposición Final Primera LORPM.

La inexistencia tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial de una línea exegética consolidada respecto de la fundamentación de la responsabilidad del centro docente en el sistema de la LORPM hace aconsejable mantener abierto el abanico de posibilidades.

Decididamente sigue la tesis de poder demandar al Centro en la pieza separada de responsabilidad civil como guardador de hecho la SAP Cantabria (sec. 4ª) de 23 de diciembre de 2003. En esta resolución se considera que el centro de enseñanza se va a equiparar a guardador de hecho (entendiendo por tal, en sentido amplio, aquella persona que, por propia iniciativa o por acuerdo con los padres o tutores, ejercita funciones de guarda, de forma continuada e independiente), ya que asumen por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo, durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar (sin olvidar, lógicamente, el relevante papel que desempeña en la formación y educación del menor).

En este mismo sentido aunque fundamentando la posibilidad de demandar al Centro docente en la aplicación supletoria de los art. 120 y 121 CP se ha pronunciado la SAP Álava Secc. 1ª. de 27 de mayo de 2005, referida específicamente a un supuesto de *bullying*. En esta sentencia se declara frente a la alegación del Centro docente de haber desplegado toda la diligencia de un buen padre de familia, conforme al art. 1903 CC, que *“es diáfano que no fue así, puesto que un buen padre de familia, desde una perspectiva responsabilizadora y de imposición de límites, fundamentos de cualquier planteamiento educativo, no puede permitir que unos niños sometan a un verdadero acoso escolar a otra niña...”* En esta resolución se resalta también que con respecto a los padres del menor *“existía una obligación de darles a conocer lo que estaba pasando a su hija, para que éstos pudieran actuar de diferentes maneras en el plano personal o institucional”*

Con similares argumentos se ha considerado reiteradamente responsable civil al titular del centro de internamiento respecto de los hechos cometidos por los menores internados (vid. SSAP Zaragoza, sec. 1ª, nº 174/2004, de 28 de abril; Valladolid, sec. 2ª, nº 933/2003, de 23 de diciembre; Valladolid, sec. 2ª, nº 758/2002, de 22 de octubre).

En cuanto a la existencia y extensión de la responsabilidad civil proporciona pautas interesantes la referida SAP Álava (secc. 1.ª) de 27 de mayo de 2005: *según máximas de experiencia, a cualquier persona, y especialmente a una niña o adolescente, el padecimiento de actos de hostigamiento moral ejecutados por otras personas produce una sensación de impotencia, zozobra, indefensión, humillación, etc., y, según los estudios científicos sobre el bullying, los acosados se sienten avergonzados y su autoestima se destruye, dos estados de ánimo que pueden repercutir de forma negativa en la vida académica, social y familiar, e incluso puede generar en la víctima sentimientos de culpabilidad; situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral que ha elaborado el TS.*

10. CONCLUSIONES

1º La consecución del objetivo de lograr un ambiente de paz y seguridad en los Centros educativos y en el entorno de los mismos, donde los menores puedan formarse y socializarse adecuadamente debe tornarse en meta irrenunciable, superando la resignada aceptación de la existencia de prácticas de acoso o matonismo entre nuestros menores.

2º El acoso escolar es un mal profundamente arraigado en el entorno educativo, desde tiempos inmemoriales, en el que confluyen una pluralidad de causas y cuyo tratamiento es complejo. No puede desde luego caerse en la simplificación de reducir su abordaje a un tratamiento represivo, y menos aún a su tratamiento centrado en el proceso penal de menores. Desde el papel subsidiario y reactivo que a la justicia juvenil ha de asignarse en la lucha contra este fenómeno, los Sres. Fiscales han de partir del principio de que ningún acto vejatorio de acoso escolar debe ser socialmente tolerado y de que los mismos, una vez conocidos por el Fiscal, han de tener una respuesta adecuada desde la jurisdicción de menores.

3º Incluso las denuncias que hagan referencia a hechos en principio leves (faltas de amenazas, coacciones o vejaciones injustas), si concurre la nota de habitualidad o reiteración en el tiempo, deben dar lugar como regla general a la incoación de un expediente de menores, no siendo adecuado en estos casos utilizar sin más la facultad de desistimiento prevista en el art. 18 LORPM.

4º En muchas ocasiones, las denuncias formuladas ante la Policía o las redactadas por las propias víctimas no aportan elementos suficientes para aclarar si nos encontramos ante un verdadero supuesto de acoso escolar. Muchos de estos casos pueden ser transmitidos de forma fragmentaria, oscura o confusa, con apariencia de incidente aislado. Es por ello necesario que los Sres. Fiscales, en todos los supuestos en los que se denuncien actos de agresiones, amenazas o vejaciones en el ámbito escolar, antes de adoptar una decisión de fondo, citen a la víctima a fin de tomarle personalmente declaración. La intermediación seguida de un interrogatorio adecuado será una poderosa herramienta para clarificar la entidad de la situación denunciada y para adoptar la decisión más adecuada.

5° Cuando los hechos que lleguen a conocimiento del Fiscal tengan indiciariamente como autores a menores de 14 años, procederá remitir testimonio de lo actuado a la dirección del centro en cuyo ámbito se estén produciendo los abusos, para que dentro de sus atribuciones adopte las medidas procedentes a la protección de las víctimas y en relación con los victimarios.

6° Igualmente, en los supuestos en los que se inicien actuaciones por el Fiscal y se compruebe que el menor o los menores implicados están dentro del ámbito de aplicación de la LORPM será necesario comunicar a la dirección del centro la denuncia interpuesta a los efectos internos procedentes.

7° Cuando la *notitia criminis* haya llegado por algún conducto al margen de los representantes legales del menor y existan elementos que apunten a que éstos desconocen la situación en la que vive su hijo, deberán los Sres. Fiscales poner los hechos en conocimiento de los mismos.

8° Los actos de violencia escolar podrán calificarse conforme al art. 173 CP tanto cuando consistan en conductas aisladas que por su naturaleza tengan entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, como cuando consistan en conductas que siendo en sí y por separado leves, terminen produciendo menoscabo grave a la integridad moral al ejecutarse de forma reiterada, sistemática y habitual.

9° Si además del atentado a la integridad moral, se producen daños a otros bienes jurídicos se calificarán los hechos, en su caso, separadamente.

10° Los Sres. Fiscales se abstendrán en sus informes de utilizar el criterio de la alarma social concurrente como justificador de la petición de medidas cautelares para menores.

11° Cabrá postular como medida cautelar la libertad vigilada acompañada de las reglas de conducta que se estimen precisas para modular un mayor o menor grado de alejamiento entre víctima e infractor, debiendo a tales efectos tenerse presentes las conclusiones alcanzadas por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2004.

12° En los supuestos en que pese a poder ser encuadrados los hechos en el concepto social amplio de acoso no puedan los mismos subsumirse en ningún tipo penal, habrá de remitirse copia de lo actuado a la dirección del centro docente de los menores implicados para que adopte las iniciativas que estime oportunas.

13° Si no existe reiteración y atendida la levedad de la conducta denunciada los hechos no son susceptibles de calificarse mas que de una simple falta cabrá acordar el desistimiento del art. 18 LORPM. En estos casos pese a no estar expresamente previsto,

el desistimiento habrá de acompañarse de una simultánea remisión de testimonio de lo actuado a la dirección del centro docente.

14° Aunque la LORPM no prevé la notificación del decreto de desistimiento al perjudicado, a fin de evitar potenciales indefensiones, los Sres. Fiscales habrán de ponerlo en conocimiento del menor víctima y de sus representantes legales.

15° Puede ser especialmente recomendable la implementación de soluciones extrajudiciales frente a manifestaciones de acoso que no sean graves. En todo caso en estos supuestos habrá de transmitirse a los victimarios el mensaje claro y nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; simultáneamente habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier repunte de acoso, trasladándole la confianza en las instituciones y la idea de que su caso no está definitivamente cerrado.

16° Si la víctima o sus representantes se encuentran personados como acusación particular será necesario antes de acordar el sobreseimiento por cualquiera de los motivos previstos en la LORPM, que se les dé traslado para que se pronuncien.

17° Los supuestos de menores a los que previamente a la resolución del expediente tramitado conforme a la LORPM se les hubiera impuesto una sanción disciplinaria en el centro por los mismos hechos habrán de resolverse conforme a las siguientes pautas: 1) si no existe la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento serán compatibles las sanciones disciplinarias impuestas en el centro escolar con las impuestas por la jurisdicción de menores 2) si existe la triple identidad la previa tramitación del expediente disciplinario no impide la tramitación de expediente de menores conforme a la LORPM 3) en este último caso habrá de tenerse en cuenta y valorarse la sanción impuesta en el ámbito escolar, ya desistiendo conforme al art. 18 LORPM, ya acordando el sobreseimiento del expediente, si se dan las circunstancias previstas en los art. 19 o 27.4, ya modulando la naturaleza o la extensión de la medida que se imponga.

18° Los Sres. Fiscales habrán de partir *-mutatis mutandis-* de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el párrafo último del art. 109 LECrim, por lo que en estos

procesos habrá de asegurarse la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

19º En el ámbito de la fase de instrucción del proceso penal de menores es el Fiscal el legitimado para adoptar las medidas de protección de testigos previstas en el art. 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, *de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales*.

20º Habrán los Sres. Fiscales de cuidar que en el acto de recibirse declaración al ofendido, se le instruya, asistido de sus representantes, del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso como acusación particular o como actor civil, por aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado primero del art. 109 LECrim, en relación con el art. 25 LORPM.

21º Los Sres. Fiscales defenderán la interpretación conforme a la cual es posible demandar ante el Juez de Menores como responsables civiles a los titulares de centros docentes de enseñanza por los daños y perjuicios derivados de delitos y faltas cometidos por los 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.

Madrid, 6 de octubre de 2005
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.