

**Bullying, ciberbullying y
acoso con elementos sexuales:
Desde la prevención
a la reparación del daño**

Ana M^a Pérez Vallejo – Fátima Pérez Ferrer

Colección
Monografías de Derecho Penal

Dykinson, S.L.

**BULLYING,
CIBERBULLYING Y ACOSO
CON ELEMENTOS SEXUALES:
DESDE LA PREVENCIÓN A LA
REPARACIÓN DEL DAÑO**

ANA M^a PÉREZ VALLEJO
FÁTIMA PÉREZ FERRER

**BULLYING,
CIBERBULLYING Y ACOSO
CON ELEMENTOS SEXUALES:
DESDE LA PREVENCIÓN A LA
REPARACIÓN DEL DAÑO**

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Colección “Monografías de Derecho Penal”

Director: Prof. Dr. Lorenzo Morillas Cueva
Catedrático de la Universidad de Granada

Este trabajo se desarrolla en ejecución del Proyecto I+D+I, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad: “*Análisis jurídico y cuantitativo de la violencia en la infancia y adolescencia: propuestas de intervención socio-legal*” (DER2014-58084-R). Investigador Principal: Ana M^a Pérez Vallejo e Investigador Colaborador Fátima Pérez Ferrer, y del Proyecto de Investigación “*Variables para una moderna política criminal, superadora de la contradicción expansionista/reduccionista de la pena de prisión*” (DER 2012-35860). Investigador Principal: Lorenzo Morillas Cueva, e Investigador Colaborador: Fátima Pérez Ferrer

© Copyright by
Ana M^a Pérez Vallejo – Fátima Pérez Ferrer
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-947-6

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
besingsg@gmail.com

A nuestros hijos:

Jesús

Jacobo y Fátima

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES DEL ACOSO ESCOLAR. INSTRUMENTOS DE PREVENCIÓN.....	13
I. DETERMINACIONES PREVIAS	13
II. ACOSO ESCOLAR Y DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES	17
III. LA PREVENCIÓN DEL ACOSO ESCOLAR: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CENTROS EDUCATIVOS.....	31
IV. AVANCES LEGISLATIVOS Y EJES ESTRATÉGICOS DE INTERVENCIÓN DE LOS CENTROS DOCENTES	46
V. PLANES DE CONVIVENCIA Y PROTOCOLOS DE ACTUACION ANTE SUPUESTOS DE ACOSO ESCOLAR	49
VI. LA MEDIACIÓN EN CONTEXTOS EDUCATIVOS COMO ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN	59
CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DEL ACOSO ESCOLAR.....	79
I. INTRODUCCIÓN.....	79
II. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LAS CONDUCTAS DE ACOSO	82
III. TIPOS DELICTIVOS EN EL CÓDIGO PENAL	86
1. Determinaciones Previas.....	86
2. Los delitos contra la integridad moral.....	89
3. El delito de Inducción al suicidio	99
4. Otros tipos penales tras la reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo.....	102

5.	Especial referencia al delito de acoso permanente tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo	106
IV.	LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR Y MEDIDAS A ADOPTAR CONFORME A LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR	108
V.	<i>EXCURSUS</i> SOBRE LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL	115
CAPÍTULO III. OTRAS FORMAS DE ACOSO ENTRE IGUALES CON ELEMENTOS SEXUALES: EL DELITO DE <i>CHILD GROOMING</i> Y <i>SEXTING</i>		
I.	CONSIDERACIONES GENERALES	119
II.	LA REGULACIÓN DEL <i>CHILD GROOMING</i> EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO	124
	1. Introducción	124
	2. Análisis del tipo delictivo	126
III.	EL DELITO DE <i>SEXTING</i> EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO	139
CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO POR BULLYING, CIBERBULLYING Y ACOSO CON ELEMENTOS SEXUALES		
I.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE DERIVA DE LAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS (ILÍCITO PENAL O ILÍCITO CIVIL)	145
	1. Consideraciones generales	145
	2. Conductas antijurídicas de acoso y prevalencia por tramos de edad del menor	146
	3. Dualidad en la regulación de la responsabilidad civil y el tercer sistema que introduce la LORPM	156
II.	REGÍMENES JURÍDICOS DIFERENCIADOS Y EL CARÁCTER MULTIJURISDICCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	160
	1. Responsabilidad civil <i>ex</i> artículos 1902 y 1903 del Código civil	161

1.1.	<i>Consideraciones generales y criterios de imputación.....</i>	161
1.2.	<i>Acoso escolar y responsables civiles ante la jurisdicción civil y contencioso-administrativa.....</i>	166
1.2.1.	Responsabilidad civil de los padres.....	166
1.2.2.	Responsabilidad civil del Centro docente	169
1.2.3.	Responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.....	177
2.	Los responsables civiles ante la jurisdicción de menores por delitos de acoso escolar ex art. 63.1 LORPM	189
2.1.	<i>Delimitaciones previas</i>	189
2.2.	<i>Reserva de acción civil en el Proceso Penal de Menores</i>	190
2.3.	<i>Ejercicio de la acción civil en el Proceso Penal de Menores.....</i>	197
2.3.1.	Desajustes de la responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1903 C.c.) y la responsabilidad civil ex delicto (art. 61.3 LORPM)	198
2.3.2.	La interpretación del inciso “ <i>por este orden</i> ” del art. 61.3 LORPM	202
3.	Los responsables civiles ante la jurisdicción de menores por delitos de <i>child grooming</i> y <i>sexting</i>.....	209
III.	LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR ACOSO, CIBERACOSO, CHILD GROOMING Y SEXTING.....	216
1.	El daño moral resarcible	216
2.	El precio del dolor	221
2.1.	<i>En los casos de bullying tradicional y cyberbullying:.....</i>	222
2.2.	<i>En los casos de child grooming y sexting</i>	229
	VALORACIONES FINALES	233
	BIBLIOGRAFÍA.....	241

INTRODUCCIÓN

La sociedad en general y los Centros educativos en particular, están afectados de problemas sociales que varían desde conflictos cotidianos entre iguales, hasta conductas graves de acoso y violencia interpersonal. Su manifestación implica exclusión social, intimidación y maltrato infantil. La Convención de los Derechos de los Niños de Naciones Unidas (art. 19) define el maltrato infantil como: *“toda violencia, 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 sus padres, de un representante legal o de cualquiera otra persona o institución que lo tenga a su cargo”*. En esta línea, la Observación General N°13 (2011) a la Convención de los Derechos del Niño, reitera “el derecho de los niños a ser protegidos frente a toda forma de violencia”.

En el marco europeo, tanto la Agenda de la Unión Europea en pro de los Derechos del Niño (2011), como la Estrategia sobre los Derechos del Niño del Consejo de Europa (2012-2015) alertan sobre la violencia protagonizada entre iguales y sus nuevas formas de manifestarse.

El acoso escolar es una realidad que está presente en la vida de los menores y adolescentes; y los medios y tecnologías de la información y comunicación (TICs) pueden amplificar sus efectos devastadores (*ciberbullying*). El estado actual de la cuestión podría calificarse de alarmante, más aún por el impacto de las TICs. Surgen, además, nuevas pautas de comportamiento, como la distribución de imágenes de agresiones físicas a otros niños tomadas con la cámara de un móvil «happy slapping»; y a la vez, resulta preocupante otro tipo de acoso con elementos sexuales (*child grooming* y *sexting*) donde agresor y víctima pueden ser menores de edad. El ciberespacio es cada

vez más utilizado por menores poco vigilados por sus padres y desde distintos sectores de la sociedad se advierte sobre el creciente uso de las redes sociales para ejercer acoso o violencia entre iguales. Lo que implica el uso irresponsable por parte de los menores de las nuevas tecnologías. El uso de los dispositivos móviles cada vez es más temprano y a través de sus aplicaciones (WhatsApp) se emplean en conductas vejatorias, amenazas o para difundir fotos y videos de contenido sexual, facilitados muchas veces voluntariamente por la víctima a otro menor de su entorno.

En las viejas y nuevas formas de violencia entre pares se aprecian déficits educativos previos a distintos niveles. Existen serios debates abiertos en relación al rol de las familias en la atención a la infancia y adolescencia. En la sociedad del siglo XXI hay que someter a consideración y repensar la crisis de valores y adecuadas pautas educativas que hoy transmiten las familias a los hijos; e incluso mucho se ha debatido sobre la conveniencia o no de la desaparición del deber de corrección previsto en el Código Civil. En la misma línea, cabe someter a consideración, las carencias y necesidades detectadas en los Centros educativos a propósito de la actuación (formativa e informativa) sobre el acoso y ciberacoso. Determinar el grado de conciencia y de comprensión de los escolares sobre los aspectos socio-jurídicos que derivan del bullying y cyberbullying (daños para todos los implicados, legislación, delitos, derechos de los escolares, sanciones y responsabilidades) se nos presenta como tarea fundamental, por lo que se debe instar a los Centros docentes a tomar las medidas oportunas para preservar el bienestar de los menores.

Según nuestras previsiones, existe una brecha importante entre lo que los estudiantes deben saber y de lo que se les informan sobre el particular. Este estudio quiere realizar un diagnóstico de la situación actual sobre las conductas de acoso escolar y ciberacoso que permita evaluar las carencias y necesidades detectadas, así como revisar los recursos existentes en la actualidad y plantear propuestas de intervención socio-legal. Por lo que el abordaje de esta problemática y su actual estado de la cuestión será analizado desde un análisis transversal conforme al objetivo 3 del II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (en adelante II PENIA) aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL ACOSO ESCOLAR. INSTRUMENTOS DE PREVENCIÓN

I. DETERMINACIONES PREVIAS

Uno de los principales retos para la consecución del objetivo básico de la educación es preservar el derecho del menor a sentirse seguro en los centros educativos y en el entorno de los mismos, libre de cualquier trato vejatorio o humillante. Sin embargo, en los últimos años, la violencia protagonizada en nuestra sociedad por menores y adolescentes en la escuela es motivo de creciente preocupación; y en este sentido, los medios de comunicación se hacen eco a diario de noticias relacionadas con el fenómeno conocido en la extendida terminología anglosajona como “*Bullying*”¹. Y aunque la violencia escolar ha estado presente desde siempre en este entorno, la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil² ya señaló que “(...) *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*”.

¹ En el ámbito de la sociología y la educación se usa el término anglosajón “bullying” que literalmente, significa intimidación o acoso y que deriva del sustantivo “bully” (matón) y del verbo “to bully”, (meterse con alguien, intimidarle).

² Vid. Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el *tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil* (JUR 2005/223178).

En nuestro país, la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012³ señala no poder facilitar “*datos numéricos concretos*”, al componerse de un abanico de infracciones diversas que se registran como lesiones, amenazas o coacciones, faltas contra las personas, etc. En el caso del “acoso escolar o ciberacoso” los delitos son de difícil seguimiento desde el punto de vista estadístico. Asimismo, la citada Memoria refiere que “*las Fiscalías Provinciales siguen coincidiendo en sus impresiones en lo que respecta al descenso número de denuncias*”. En parecido sentido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015)⁴, pocas novedades ofrece sobre esta variante delictiva respecto a años anteriores, siendo los supuestos usualmente de carácter leve, resolviéndose la mayor parte mediante la aplicación de soluciones extrajudiciales.

No obstante, uno de los estudios más fiables realizados en nuestro país, el Informe Cisneros VII(2006)⁵, ya señaló que la incidencia del «bullying» tenía unos resultados alarmantes. El estudio llevado a cabo con 5000 alumnos de segundo de Primaria a segundo de Bachillerato, fue presentado a finales de 2005 por el Instituto de Innovación Educativa y Desarrollo Educativo, desvelando que uno de cada cuatro escolares sufre acoso, y los que más sufren son los pequeños –de entre 7 y 10 años, de segundo a cuarto de Primaria–. El 35% sufre depresión. Las consecuencias son el síndrome de estrés postraumático que afecta más a las chicas, la depresión y la baja autoestima. Por sexos, las víctimas están bastante igualadas: de cada 100 acosados, 58 son chicos. Un año después, el Informe Cisneros X sobre “Violencia y acoso escolar”⁶, asegura que más de 500.000 ni-

³ Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado. el apartado 6. 2.2.7, que viene a referirse de forma muy escueta a la “violencia en el ámbito escolar”. Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2013, p. 416.

⁴ Vid. Memoria 2015 de la Fiscalía General del Estado (2015). Apartado 6.2.2.1 Referencia a delitos en particular. Letra g) Violencia en el ámbito escolar.

⁵ Vid. PIÑUEL, I. Y OÑATE, A. Estudio Cisneros VII”Test AVE, Acoso y Violencia Escolar, TEA Ediciones, Madrid 2006.

⁶ El Informe Cisneros X se basa en las encuestas realizadas a 24.990 alumnos, con edades comprendidas entre 8 y 18 años, pertenecientes a 1.150 aulas completas, de Primaria, Secundaria y Bachillerato. Participan en el estudio escolares de 14 Comunidades Autónomas Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Castilla y León, Catalunya, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco. Se utiliza el cuestionario AVE (Acoso y Violencia Escolar, 2006), que es administrado entre el 16 de mayo y el 20 de junio de 2006, bajo la supervisión de los tutores de cada clase. El error muestral es de +/- 0.94 % para un nivel de confianza del 99.7 % y n=p=0,50. El cuestionario AVE, incorpora nueve escalas clínicas:

ños en España sufre un grado de acoso intenso. Uno de cada cuatro alumnos sufre acoso en clase, sin que se detecten diferencias entre colegios públicos, concertados o privados. De otra parte, el riesgo de sufrir acoso escolar se multiplica por cuatro en niños con 7 u 8 años y que disminuye progresivamente hasta el Bachillerato; etapa esta última en la que el porcentaje de acoso en las aulas (en torno al 11%) coincide con el acoso que se produce en otros ámbitos –como el doméstico o el laboral); el 54% sufre depresión; el 15% ha pensado alguna vez en el suicidio; en el 19% de los casos, los compañeros defienden al alumno acosado, y el 60% de los acosadores acabará cometiendo un delito antes de cumplir 24 años. La mayoría de los casos que trascienden son los que implican violencia física, ignorando el maltrato psicológico⁷.

A nivel europeo, se reitera que las cifras del acoso se han disparado. Algunas noticias son reveladoras de la gravedad y magnitud del problema. Bajo el titular “*Casi cuatro de cada 10 adolescentes ha amenazado a un compañero*” el periódico *El Mundo* publicaba esta noticia como una de las conclusiones a las que llega el estudio realizado por la ONG *Intermedia Social Innovation*, un proyecto financiado por la Comisión Europea, como el de la fundación británica *BeatBullying*.⁸ De forma paralela y bajo el alarmante titular “Veinticuatro millones de niños y jóvenes europeos sufren acoso” ya sea presencial o a través de las nuevas tecnologías, el periódico *ABC* da a conocer estas cifras cuando miembros de la citada plataforma *Beat Bullying* han defendido en la sede del Parlamento Europeo la necesidad de prestar más atención al problema del acoso. Según la organización, siete de cada diez jóvenes han experimentado alguna forma de acoso o intimidación, ya sea en forma verbal, psicológica o física, algo que puede tener consecuencias para el resto de sus vidas. Esta noticia también revela que «En la UE, 1.712 niños y jóvenes se han quitado la vida para librarse del tormento del acoso», afirmó Niall Cowley, director internacional de *Beat Bullying*, unas muertes que consideró «evitables».⁹

Ansiedad, Estrés postraumático, Distimia, Disminución de la autoestima, Flashbacks, Somatización, Autoimagen negativa y Autodesprecio.

⁷ Vid. PIÑUEL, I. y OÑATE, A. *Acoso y Violencia Escolar en España: Informe Cisneros X*, IIEDI, Madrid, 2007.

⁸ Vid. Noticia publicada en *El Mundo* (1.04.2014) bajo el titular “Casi cuatro de cada 10 adolescentes ha amenazado a un compañero”.

⁹ Vid. *ABC Familia* publicado el 27 de junio de 2013.

En nuestro país, las distintas sentencias consultadas ponen de manifiesto cómo las implicaciones de este fenómeno adquieren una dimensión significativa que escapa del propio Centro y salta a los Tribunales. Docentes, Tutores y Directores de los Colegios públicos y privados se enfrentan a responsabilidades de índole administrativa, civil e incluso penal, que les pudieran ser atribuidas por falta de diligencia a la hora de detectar y gestionar, desde sus inicios, las situaciones que pudieran encuadrarse en un posible caso de acoso escolar. Al respecto, la posición de la Fiscalía General del Estado, en la Circular 9/2011, de 16 de noviembre¹⁰, dice que *“en supuestos de acoso escolar, la exigencia de responsabilidad civil a los Centros Docentes, de conformidad con las pautas establecidas en la Instrucción 10/2005 es especialmente aconsejable, tanto desde el punto de vista de protección a las víctimas como por razones de prevención general positiva.”* Y es que, como veremos a continuación, los menores de 14 años son inimputables, lo que hace que los padres, una vez que han agotado todas las vías administrativas para poner fin al acoso de sus hijos, bien mediante denuncia presentada ante el propio Centro o ante Servicio de Inspección Educativa, opten –si consideran inadecuadas las medidas– por denunciar ante los Tribunales reclamando una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

La judicialización del acoso escolar es una realidad y ello revela una mayor concienciación de la problemática que analizamos y de la necesidad de denunciar los hechos en cuestión. En la actualidad, son muchos los Centros Docentes condenados por omisión del deber de cuidado en aquellos casos en los que ha podido probarse que el personal docente y directores no actuaron con la diligencia debida para poner freno al acoso en su fase inicial. Por lo que el trabajo e intervención realizado por y desde el Centro, ocupará una posición central a la hora de dirimir esas posibles responsabilidades, en la medida en que sus silencios prolongados o actitudes omisivas, al no adoptar medida alguna (falta de diligencia), los coloca como responsables civiles de los daños producidos. Es importante pues, que de todas las medidas de intervención adoptadas, quede constancia (por escrito, testigos, etc.) a efectos de prueba, ante una eventual reclamación judicial y posibles responsabilidades imputables al Centro; precisamen-

¹⁰ Vid. Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre *criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, p. 68.

te, y en su caso, por la no adopción de medida alguna o por resultar éstas inadecuadas o insuficientes, como resulta de diversos casos de acoso enjuiciados.

Si bien, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014 “desde el momento en que entramos en la fase judicial las personas vinculadas al Colegio, por más que comparezcan como testigos, tienen un evidente y fuerte interés en cómo se solucione esta cuestión, pues es la propia reputación del colegio lo que está en juego; y los padres tienen un nivel de condicionamiento en relación con el problema, al vivir la situación de su hijo”¹¹ (...). Por lo que, es necesario, por una parte, ser muy cauto con la valoración de las pruebas; y por otra, ceñirse en la medida de lo posible a los hechos objetivos y contrastados, relativizando las afirmaciones de los interesados en cuanto no cuenten con ese apoyo objetivo.

II. ACOSO ESCOLAR Y DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES

El acoso escolar o violencia entre iguales¹² no es sinónimo de violencia en las aulas, aunque sí una forma más, en la que se manifiesta ésta. El complejo fenómeno del llamado *bullying* requiere algo más; pues no todo acto de agresión desemboca en conductas que puedan calificarse de acoso, a efectos de generar las implicaciones jurídicas y responsabilidades que posteriormente se analizarán. Fue a principios de la década de los ochenta, cuando OLWEUS¹³, uno de los pioneros en el estudio de la victimización en entornos escolares, proporcionó una definición de acoso escolar que parece haber obtenido una considerable aceptación entre la doctrina científica. Se trata de “una conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un alumno/a contra otro u otra, al que elige como víctima de varios ataques” y que sitúa a las víctimas en posiciones de las que difícilmente pueden salir

¹¹ Vid. SAP de Madrid (Sección 8ª) Sentencia nº 373/2014 de 16 de septiembre (AC 2015/1056). Jurisdicción: Civil. Recurso de Apelación núm. 434/2013. Ponente: Juan José García Pérez.

¹² Nótese que las relaciones que los niños y adolescentes mantienen entre sí son de carácter no jerárquico (simetría horizontal), de ahí la consideración de relaciones entre “iguales”; a diferencia de las que mantienen con los adultos (padres, profesorado, etc.) que son relaciones jerárquicas.

¹³ Vid. OLWEUS, D.: *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*. Ed. Morata, 2ª edición en castellano (reimpresión). Madrid, 2004, pp. 24 y 25.

por sus propios medios. Destaca el autor que el acoso entre escolares se refiere “tanto a la situación en la que el individuo particular hostiga a otro, como aquella en la que el responsable de la agresión es todo un grupo”.

Aunque hoy en día no existe una definición jurídica unánime, las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias vienen a concretar que estamos ante un comportamiento intencionado, –prolongado o repetitivo en el tiempo– de agresión física y/o insultos verbales, situaciones de rechazo o aislamiento social, intimidación psicológica, etc., realizado por uno o varios menores para dañar a la víctima, y poder doblegar de esta forma su voluntad. Si bien, cabe reseñar, en lo que se refiere a la intencionalidad, la falta de unanimidad de criterios, cuando la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014¹⁴, señala que “*el bullying, a diferencia de otros tipos de acoso adulto, no siempre tiene una finalidad intencionada consciente*”.

Situados en este contexto, OLWEUS¹⁵ habla de victimización y señala que la situación de intimidación y la de su víctima quedaría definida así: “*un alumno es agredido o se convierte en víctima cuando está expuesto, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro alumno o varios de ellos*”. En términos similares, –y dado su carácter multidisciplinar–, autores como HERRERO lo han caracterizado como un tipo de victimización violenta, de contenido heterogéneo y presencia estable, guiado por al ánimo deliberado de perjudicar, del cual es difícil defenderse por parte de las víctimas¹⁶. En ese sentido, el acoso escolar, según refiere la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del

¹⁴ A este respecto, dice la Sentencia que “*En muchas ocasiones, el acoso surge de la propia vinculación conflictiva con el niño acosado (algo del niño les molesta, le ven vulnerable, se sienten incómodos o les cae mal). Si además, el principal acosador tiene el apoyo y la connivencia de otros que le amparan y una permisividad o gestión ineficaz por parte del mundo adulto, la situación de acoso y hostigamiento se agrava*”. Vid. SAP de Madrid (Sección 8^a) Sentencia n^o 373/2014 de 16 de septiembre (AC 2015/1056) Ponente: Illmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

¹⁵ Vid. OLWEUS, D.: *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*. Ob. cit pp. 24 y 25.

¹⁶ Entre otros, Vid. HERRERO, C.: *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 98. También, CEREZO RAMÍREZ, F.: “Violencia y victimización entre escolares. El “Bullying”, *Intervención psicológica y educativa con niños*”, Pirámide, Madrid, 2006, pp. 171 ss, y PÉREZ VALLEJO, A.M^a.: “Identificación del acoso escolar y del ciberbullying”, *Tratamiento integral del acoso*, Rivas Vallejo, P. (Dir.), Navarra, 2015, pp. 1507 ss.

acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil¹⁷, comprende “*un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral*”. Nos encontramos ante conductas de “hostigamiento” prolongado o mantenido en el tiempo de uno o varios menores, contra un compañero o compañera de clase. Y es precisamente esta nota, la de la repetición y diferencia de poder (asimetría de la relación) que se establece entre la persona acosada y la acosadora, la que sitúa la barrera entre lo que se puede admitir como un comportamiento corriente inherente a la propia convivencia y los conflictos, frente a una situación de acoso¹⁸.

Partiendo de este dato diferencial, resulta esencial para identificarlo que concurra una situación repetida o reiterada en el tiempo y en condiciones de tal gravedad, que sea susceptible de llegar a generar un daño o menoscabo en la integridad física y moral del menor; produciéndose además dentro del ámbito escolar y en el ámbito de vigilancia y control, que todo centro educativo ha de prestar a sus alumnos.

Así se refleja en nuestros Tribunales:

- El Auto de la Audiencia Provincial de Santander de 25 de mayo de 2012¹⁹ señala que el acoso escolar “*es un fenómeno frecuente en nuestros días y que en ocasiones pasa desapercibido, consistiendo en una acción reiterada a través de diferentes formas de acoso u hostigamiento hacia un alumno llevado a cabo por un compañero o, más frecuentemente, por un grupo de compañeros, en*

¹⁷ Vid. Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el *tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*.

¹⁸ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ ARMENGOL ASPARÓ, C./ SILVA GARCÍA, B.: “El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención”. *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 27. Esta investigación recoge los resultados del debate virtual continuado que durante tres meses realizó la Red Atenea de 37 directivos españoles voluntarios, situados a grandes distancias, que no se conocen ni se han visto. Conectándose a la plataforma media hora cada semana, son capaces de generar y difundir un producto completo sobre como conocer, diagnosticar y actuar respecto a algunos temas problemáticos, (el «Bullying») y la contrastación de sus resultados con otros 16 directivos que formaron parte de un programa de formación para la dirección en el ámbito estatal.

¹⁹ Vid. Auto Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3º), núm. 291/2012 de 25 mayo [JUR 2013/27600].

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

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de noviembre de 2010²⁰ incide en la necesidad de que se acredite cumplidamente la situación de acoso mantenido, esto es, *“una conducta de persecución física y/o psicológica intencionada y reiterada o repetida por algún tiempo /.../ no es suficiente un incidente aislado, sino varias actuaciones mantenidas en el tiempo, esto es, una persistencia en la agresión, todo ello, presidido por la voluntad de causar un mal (daño o miedo) a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor o de un grupo”*. Por no apreciarse estas circunstancias, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de octubre de 2013²¹ no estima la situación de acoso, al considerar que: *“(...) aunque existieron episodios aislados de enfrentamiento y conflicto entre los alumnos e incluso grupos de padres, no se acredita que la situación fuese continuada viniendo a configurar la concurrencia de un estado de acoso mantenido y prolongado (...)”*.
- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2012²², resuelve una situación extrema de *bullying* mantenido y prolongado durante tres cursos escolares, sin

²⁰ Vid. SAP de Madrid núm. 611/2010 de 15 de noviembre.

²¹ Vid. SAP de Madrid (Sección 19^a) Sentencia num. 354/2013 de 14 octubre (AC\2013\2267). Ponente: Miguel Angel Lombardía del Pozo.

²² Vid. SAP de Madrid (Sección 25^a) Sentencia num. 241/2012 de 11 mayo (AC\2012\384) Ponente: Fernando Delgado Rodríguez. Esta Sentencia resuelve el Recurso de apelación interpuesto por la representación de la Congregación Hermanas del Amor de Dios, contra la sentencia dictada por el JPI núm. 44 de Madrid 25 de Marzo de 2011 que condena a dicha Congregación a abonar la suma de 40.000 €. La

que por parte del Colegio se adoptaran las debidas medidas de vigilancia y control. Los profesores, atendiendo a las peticiones de la madre del menor, trataron de comprobar la situación de acoso y hostigamiento que la misma denunciaba, sin que, sorprendentemente, nadie pudiese percibir indicio o sintomatología alguna de ello. Sin embargo, consta probado que: “(...) *El acoso se inicia en 2º de Primaria (y según los especialistas puede ser incluso anterior), no habiendo podido apreciarse inicialmente en su gravedad por los padres, sino cuando se agravó en el curso siguiente (2.008-2.009 de 3º de Primaria), culminando en el presente curso 2.009-2.010 (4º de Primaria), antes de finalizar, concluyendo el curso el menor en otro centro. En un principio los padres pensaron que eran incidentes aislados, con cinco niños distintos, sin ser conscientes de que, como luego se verificó, se trataba de una actuación grupal y constante (...) pinchazos hasta en cuatro ocasiones con lápices, hasta el punto de dejar marca al niño en su pierna derecha (...) le desaparecen toda clase de objetos y útiles escolares (juguetes, gomas, lapiceros, tijeras, grapadoras, estuches...*” (FJ3^a).

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de enero de 2015²³ se pronuncia sobre el hostigamiento prolongado en el tiempo que sufrió un menor en el IES “Batalla de Clavijo” durante todo el curso 2012 y 2013. Los ataques los protagonizaba un menor, en unión a seis menores no expedientados por tener en la fecha de los hechos menos de 14 años, que le llamaban gordo, gilipollas, cabrón, que le daba golpes en la cabeza, bofetadas y puñetazos, le bajaban los pantalones (...). El menor acosado contó a otro compañero que *“le tenía miedo y se encontraba muy mal, con problemas para dormir, comer, estudiar y llevar una vida normal”*.

De forma paralela y aunque de más reciente aparición, esa situación de hostigamiento puede verse amplificada a través de las redes sociales, cuando se lleva acabo utilizando las nuevas tecnologías de la

Audiencia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad, en el sentido de rebajar la indemnización a 32.125,51 €.

²³ Vid. SAP de la Rioja (Sección 1^a) núm. 2/2015 de 8 enero (ARP/2015/112. Ponente: Fernando Solsona Abad.

información y la comunicación²⁴. En este caso, nos encontramos ante un tipo de acoso, –el denominado *ciberacoso* o *ciberbullying*–, dirigido a algún compañero o compañera de clase a través de medios tecnológicos, utilizando diversas formas de agresión: mensajes vejatorios, desagradables o dañinos a través de Whatsapp, Twitter u otra red social, llamadas acosadoras al móvil, etc.

En este sentido, la Fiscalía Superior de Andalucía, alerta sobre la proliferación del uso de redes sociales (Tuenti, Facebook o Twitter) como plataformas para la comisión de violencia escolar entre menores que se conocen dentro del mismo círculo educativo. Así consta en su Memoria Anual de actividades (2013). El Ministerio Público señala que en estos foros, están registrados muchos menores de 14 años, aunque no esté permitido; y “aunque se advierte a los padres, parece existir una aceptación generalizada en que no hay peligro en este proceso”. Los menores cada vez se hallan más expuestos a Internet, a través de un abanico creciente de dispositivos y a edades progresivamente más tempranas. En Europa, al decir de sus progenitores, el 75% de los de edad comprendida entre 6 y 17 años; los menores de 15 y 16 años manifiestan haberse conectado por vez primera a los 11. En comparación, los de 9 y 10 años indican que, por término medio, comenzaron a utilizarla a los 7. El 33 % de los niños de 9 a 16 años que usan Internet dicen hacerlo desde un teléfono móvil u otro dispositivo portátil²⁵.

En España, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) y a propósito del uso de las TIC's)²⁶, la proporción de su uso

²⁴ Estas formas tradicionales de acoso ha ido cambiando con el tiempo, apareciendo manifestaciones más específicas de bullying que se sirven de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para acosar. Esta nueva forma de maltrato se denomina “ciberbullying”.

²⁵ Estos datos han sido tomados de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños*. Bruselas, 2.5.2012 COM (2012) 196 final, p. 3.

²⁶ Vid. Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares (TIC-H). Año 2013. Instituto Nacional de Estadística. Nota de prensa, p. 3. Enlazar en <http://www.ine.es/>. La Encuesta TIC-H 2013 también revela que el 63,0% de los menores dispone de teléfono móvil (2,8 puntos menos que el año 2012). Por sexo, las diferencias del uso de ordenador y de Internet no son muy significativas. En cambio, la disponibilidad de teléfono móvil en las niñas supera en más de ocho puntos a la de los niños.

por la población infantil (de 10 a 15 años) es muy elevada. Así, el uso del ordenador es prácticamente universal (95,2%) y el 91,8% utiliza Internet. Por su parte, la disposición de teléfono móvil se incrementa significativamente a partir de los 10 años, hasta alcanzar el 90,2% en la población de 15 años. La evolución de los resultados según la edad sugiere que el uso de Internet y, sobre todo, del ordenador, es una práctica mayoritaria en edades anteriores a los 10 años. De este modo, se ha hecho necesaria una *Estrategia Europea en favor de una Internet más adecuada para los niños*, que revela, entre otras cosas, la necesidad de que los menores, así como sus padres, cuidadores y profesores, conozcan los riesgos a que pueden exponerse en línea, y también las herramientas y estrategias que les permitirán afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos²⁷. En efecto, las nuevas tecnologías, si bien constituyen herramientas útiles para jóvenes, también se han revelado como una fuente constante de peligro al facilitar una nueva vía para el ejercicio de estas conductas violentas. Con respecto al ciberacoso, en la Línea de Atención sobre ciberbullying, dependiente del Centro de Seguridad en Internet para España del Safer Internet Programme de la Comisión Europea (PROTEGELES), se han producido 435 y 363 casos durante 2011 y 2012 respectivamente. No obstante, según el estudio “Conductas adictivas a Internet entre los jóvenes europeos”, de los siete países de la UE estudiados, España es el país en el que menos situaciones de ciberacoso se producen (13,3% frente al 37% de Rumanía)²⁸.

Como más adelante se analizará, en el *ciberacoso* deben concurrir los tres elementos básicos del acoso escolar: intencionalidad, repetición –discutido por un sector importante de la doctrina–, y desequilibrio de poder, añadiendo la peculiaridad de que se produce a través de las TICs, como medio para recibir y ejercer el maltrato. Pero

²⁷ La estrategia se articula en torno a cuatro grandes «pilares» que se refuerzan mutuamente: 1) estimular los contenidos en línea de calidad para los jóvenes; 2) intensificar la sensibilización y la capacitación; 3) crear un entorno en línea seguro para los niños; y 4) luchar contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños. Se propone una serie de acciones a cargo de la Comisión, los Estados miembros y toda la cadena de valor del sector. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 2.5.2012 COM(2012) 196 final, pp. 2 y 8.

²⁸ Vid. sobre el particular el II Plan Estratégico Nacional de infancia y Adolescencia 2013-2016 (PENIA II) aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, p. 20.

como señala *Save the Children*²⁹ (2013) en el Informe sobre “Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción”, estas características tienen matices propios. “*La repetición ya no consistiría en agredir a un niño o niña varias veces, basta con subir una sola vez una imagen indeseada a una red social y que la vean varias personas. La repetición se produciría cada vez que se vea esa imagen, se comparta o los comentarios abusivos que la pueden acompañar*”.

En este contexto, un estudio llevado a cabo en el año 2012 con 274 adolescentes, de entre doce y dieciocho años, pertenecientes a dos centros educativos de Andalucía, ha puesto de manifiesto cierta co-ocurrencia de los fenómenos *bullying* tradicional y *cyberbullying*, constatando la importante simultaneidad de los dos fenómenos y sugiriendo que, “*mientras la implicación en cyberbullying –cybervictimización y cyberagresión– puede ser predicha, en parte, a partir de la implicación en bullying tradicional, no ocurre lo mismo en dirección opuesta*”³⁰.

Esa co-ocurrencia entre ambos fenómenos empieza a tener reflejo en nuestros Tribunales: Así se muestra en los hechos objeto de enjuiciamiento que resuelven algunas sentencias más recientes:

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 15 de noviembre de 2013³¹ señala al respecto que, “*En el caso de autos, fueron los once menores imputados, quienes “de forma reiterada y con ánimo de menoscabar la integridad moral de (...), compañero de clase, le sometieron a continuas burlas, poniéndole la menor (...) el apodo “Limpiabotas”, (...) apodo éste que era utilizado pública e indistintamente por todos los menores imputados, mofándose y riéndose de la víctima, llamándole gay, maricón y loco, (...)”*. Hasta aquí el *bullying* tradicional, pero aunque la sentencia no se refiere expresamente al *ciberbullying*, re-

²⁹ Vid. ORJUELA LÓPEZ, L./BELKIS, F/. CALMAESTRA VILLÉN, J./ MORA-MERCHÁN, J.A. y ORTEGA-RUIZ, R.: Informe sobre “Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción”. (Save the Children), Madrid, Octubre 2013, p. 22.

³⁰ La investigación se lleva a cabo con una muestra de 274 adolescentes, entre 12 y 18 años, pertenecientes a 2 centros educativos de Andalucía. Vid. DEL REY, R./ FELIPE, P. y ORTEGA-RUÍZ, Rosario en “Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence”. *Psicothema*. Vol. 24, n^o 4, 2012, pp. 608-613.

³¹ Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1^a) Sentencia núm. 209/2013, de 15 noviembre (JUR/2014/3749). Ponente: Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

sulta probado que: “(...) el acoso se magnificó al colgar (una de las menores) una fotografía de la víctima en el portal de Tuenti de Internet, sin el consentimiento del acosado y con la intención de ridiculizarle, intimidarle y aislarle. Foto que tituló “Limpiabotas” invitando a los compañeros a realizar comentarios sobre la misma, respondiendo éstos, en los días siguientes con expresiones despectivas y de mofa (...). Lo que dio pie a comentarios ofensivos sobre su persona y generando toda la acción descrita en el mismo, un sentimiento de angustia, inferioridad y humillación (...)”.

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 marzo de 2014,³² confirma la dictada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Paterna. En el caso de autos, consta acreditado que “no nos hallamos ante una pelea de dos menores, como un hecho aislado, sino ante una situación de acoso, de molestias continuas contra la menor (...) que se han desarrollado tanto en el colegio como fuera de él”. Así, se desprende de los relatos plasmados en la red social “tuenti” y por la llamada telefónica realizada desde la casa de una tercera menor.
- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014 viene a referirse a una situación de acoso escolar, deficientemente gestionada por el colegio. Los hechos objetivos de acoso en este caso son insultos como “gordo”, el golpe con la fruta en noviembre de 2010, dirigirse a él en distintas ocasiones de modo desconsiderado, el decir delante de su madre que: “a su hijo le pegaban cuando le saliera de los cojones”. Estos hechos son acreditativos de una situación de hostigamiento, que se magnifica cuando el acosador anuncia en el Tuenti, que “el próximo lunes iban a pegar a (...) en el colegio. La angustia generada en el menor le lleva a anunciar su suicidio por el Tuenti. Consta probado que la madre (testigo) de una de las compañeras del menor cuenta como su hija le dice que en el Tuenti ha visto la foto de (...) con un cuchillo de cocina en el que se leía: “no me estáis ayudando”.

De igual modo, debe hacerse hincapié en que a las situaciones o conductas anteriormente descritas, que identifican el *bullying* o el

³² Vid. SAP de Valencia (Sección 7ª) Sentencia num. 107/2014 de 14 marzo (JUR\2014\165222). Ponente: María del Carmen Escrig Orenga.

ciberbullying, se une generalmente, el silencio de las víctimas³³ y de los testigos (espectadores u observadores) quienes, en ocasiones, por miedo, avalan, aprueban y acompañan con su presencia el acto de intimidación o acoso, convirtiéndose en cómplices de las conductas. Resultando más grave aún que “*el silencio de los espectadores es aprovechado por los acosadores, que actúan con la seguridad de que no habrá resistencia por parte de los testigos de las agresiones*”³⁴.

Igualmente pueden concurrir otros silencios o actitudes omisivas, con directas repercusiones e implicaciones jurídicas a efectos de responsabilidad, ante una eventual reclamación judicial.

De un lado, el *silencio de los propios padres* de los menores agresores implicados, cuando no la negación de los hechos, como ya ocurriera en el caso Jokin, que marcó en España el punto de inflexión sobre el *bullying*. El chico de 14 años se quitó la vida arrojándose al vacío cerca de su casa, en Hondarribia. Llevaba un año siendo víctima de las burlas de sus compañeros de clase. En este caso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, viene a referirse al *posicionamiento de la familia* ante los graves hechos cometidos por los menores y pone de manifiesto su falta de idoneidad actual para servir de ámbito de interiorización de la significación de la conducta protagonizada: “(...) *Clarividente es al respecto el contenido del comunicado de los padres de los ocho adolescentes expulsados del Instituto Talaia por agresión a Jokin*”. En el mismo se minimiza la importancia de la conducta de sus hijos y en definitiva cuestionan el propio comportamiento del menor y la propia familia: “(...) *si tal y como acusan a nuestros hijos de bullying (...) ¿cómo la propia familia dejaba salir a Jokin con estos amigos, quedarse a dormir en casa de familiares de estos (...) cómo el propio Jokin aceptaría ir con ellos de colonias, a conciertos, salir todos los fines de semana, (...)*”³⁵.

De otro, se cuestiona y cabe someter a consideración el *silencio, la negación o posicionamiento del Centro escolar* (público, privado o concertado) donde han tenido origen los hechos de acoso. Las más de

³³ Aunque existen pautas de comportamiento e indicadores que permiten sospechar que el menor está siendo víctima de bullying, las más de las veces son descubiertas tardíamente.

³⁴ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B.: “El «bullying» escolar...” Ob. cit., p. 24.

³⁵ Vid. SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, núm. de recurso 1009/2005. (Ref. La Ley Juris 579578/2005), Ponente Sr. Subijana Zunzunegui.

las veces, según las sentencias consultadas, resulta probado, que profesores, tutores y los propios directivos del Centro, minimizan e incluso ignoran el problema en *pro* de no dañar la imagen del Colegio. Resulta significativa al respecto la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 11 de mayo de 2012³⁶ que viene a recoger las continuas negativas y negligentes omisiones del Centro Docente “Amor de Dios” a reconocer la situación, a pesar de la insoportable actividad de acoso (bullying), vejaciones y agresiones físicas de que estaba siendo objeto el menor desde el curso escolar 2007-2008 (2º de Primaria) culminando en el curso 2009-2010 y que pormenorizadamente se describen en el FJ3ª de la Sentencia. A pesar de la gravedad de los hechos acontecidos y por los que la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid de fecha 25 de marzo de 2011³⁷ condenó al Colegio al pago de 40.000 €, siendo este fallo recurrido. La parte apelante (Congregación) siguió negando en esta alzada, que el menor, durante el tiempo que estuvo escolarizado en el centro “Amor de Dios”, fuese objeto de acoso, humillación, vejación o agresión física alguna, por parte de otros alumnos del centro; negando asimismo los trastornos psíquicos que hubiese podido ocasionarle al menor y de los que se la declarada responsable. Según la defensa del Centro: *“Los profesores, atendiendo a las peticiones de la madre del menor trataron de comprobar la situación de acoso y hostigamiento que la misma denunciaba, sin que nadie pudiese percibir indicio o sintomatología alguna de ello. Por el contrario (...) asistía con regularidad a clase, se mostraba participativo e integrado y su rendimiento escolar fue excelente, lo que no es propio de niños en tal situación en que se rechaza ir al centro escolar, presentar, indisciplina e infelicidad y aislamiento del grupo. Los escasos episodios en que estuvo implicado (...) y otros compañeros de clase fueron correctamente abordados, siendo incidentes normales en la convivencia”*.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 febrero de 2016, señala que frente a la situación de acoso escolar sufrida por un menor por parte de otros dos menores *“la respuesta, como suele pasar en todos los casos de acoso escolar, es la negación rotunda”* y de absoluta pasividad. Consta (...) la escueta carta en la que el Director del Centro expresa haber realizado *“las investiga-*

³⁶ Vid. SAP de Madrid (Sección 25ª) Sentencia núm. 241/2012 de 11 mayo (AC/2012\384).

³⁷ Vid. Sentencia núm. 91/2011 de 25 de marzo del JPI núm. 44 de Madrid (AC/2011/466). Ponente: Illma. Sra. Mª José Lorena Ochoa Vizcaíno.

ciones oportunas” que se reducen a la reunión de “Jefe de Estudios, Tutora y profesores de 1^o B a los que se ha convocado a una reunión específica para tratar el tema, llegando a la conclusión de que *“la situación que se vive en 1^a B no puede considerarse de acoso, aunque sí hay algunos problemas de convivencia”* (...) Ni se abre expediente alguno, ni se entrevista a los padres de todos los implicados, ni interviene el gabinete psicopedagógico para someter a los menores implicados a pruebas objetivas de orden psicosocial ya establecidas en los protocolos normalizados de actuación en estos casos (como es el test A.V.E.). Tampoco se despliega la necesaria actividad destinada a la represión de las conductas incoando siquiera los correspondientes expedientes disciplinarios conforme al Reglamento Interno del Centro. *“Nada. Solo una reunión del profesorado para dar carpetazo a una situación de denuncia de acoso escolar explicitada por los progenitores del alumno y prácticamente avalada por la propia profesora tutora suplente en su informe de 16/02/11 cuando reconoce la existencia de un conflicto previo”*. La Sala concluye que la Administración demandada no ha acreditado el efectivo cumplimiento del deber de vigilancia, por lo que se la condena, junto a su aseguradora, a indemnizar solidariamente al menor, a través de la representación legal ejercida por los recurrentes, en la suma de 10.000 euros.

Mas grave resulta constatar cómo, en otros supuestos, por parte del Colegio, se imputa a los padres del menor, víctima de acoso, la falta de seguimiento de la situación de su hijo en el Centro escolar y se intenta *culpabilizar a los progenitores* de unos hechos que ocurren fuera de su ámbito de control. Así ocurre en los casos enjuiciados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2008³⁸ que sin embargo, condena al Colegio Suizo de Madrid a abonar en concepto de indemnización 30.000 €: *“(…) Parece cuando menos ilógico, que por el Centro educativo se reproche a los padres la difusión de la grabación del hecho, con el fin de poner de manifiesto y llamar la atención ante la opinión pública, del mal trato que sufría su hijo de once años, y en cambio se tolere la grabación del ataque y burla al menor por parte de sus compañeros, y su divulgación posterior con el consiguiente aumento del sufrimiento del niño. Atendiendo respecto de esto último a lo razonado anteriormente, esto es que la profesora tuvo conocimiento del uso de una cámara,*

³⁸ Vid. SAP de Madrid (Sección 10^a) de 18 de diciembre de 2008 (AC/2009/124)
Ponente: Sra. Ana M^a Olalla Camarero.

del altercado y de la alteración anímica que presentaban los alumnos, sin que pese a estos datos, se requiriera la grabación para comprobar su contenido, ni por dicha profesora, ni por la tutora, ni por la Dirección, y ello pese a que hoy en día existe una notoria sensibilización por el uso de estos medios con fines difamatorios, dada la extraordinaria relevancia que adquieren las imágenes por las nuevas tecnologías”.

En función de lo anteriormente descrito, se confirma lo que años atrás ya señalara el Informe del Defensor del Pueblo (2000)³⁹: “este tipo de violencia, que resulta estar presente de manera constante en nuestros centros escolares, suele ser mal conocida –cuando no ignorada– por los adultos, hasta el extremo de que sus formas menos intensas (ciertos insultos, los motes ofensivos, la exclusión de juegos y tareas...) gozan, si no de aceptación social, sí de un grado de permisividad e indiferencia desconocedor de las negativas consecuencias que estas conductas pueden llegar a tener en quienes las realizan y las padecen, y de que en ellas está, probablemente, el germen de otras conductas antisociales posteriores”.

Hoy, quince años después, podemos afirmar que en muchos casos, el acoso escolar se mantiene por la pasividad y la ignorancia de las personas que rodean tanto a la víctima como a los agresores. Actitudes omisivas que pueden obedecer a distintos motivos. En el panorama actual en que se desenvuelve el acoso, se refleja cómo los adultos acostumbramos a minimizar la importancia del *bullying* comparando este comienzo del siglo XXI con la escuela en el siglo XX. Esto sucede porque no hacemos una comparación real y objetiva, y porque no tenemos en cuenta los grandes cambios que ha experimentado la sociedad en estas últimas décadas⁴⁰. Al respecto, surgen dos cuestiones claves. Una, pone de relieve como en muchas ocasiones, los alumnos acosadores crean problemas que los profesores no quieren (o no pueden) afrontar. Si son líderes de mal comportamiento, puede ser preferible no enfrentarse a ellos. Y el alumno acosado sigue quedando solo ante el peligro; sufriendo, y sabiendo que le espera una tortura que se repetirá día a día. Otra, el reproche que se hace al Centro escolar, y que podemos hacer

³⁹ Vid. Informe del Defensor del Pueblo. Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria. Madrid, 2000, p. 11.

⁴⁰ Sobre estas consideraciones resulta muy ilustrativa la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014.

extensivo a otros supuestos, al confundir y no saber detectar un episodio del acoso, con un hecho aislado (que nada tiene que ver con el acoso) y omitir las medidas adecuadas para descubrirlo y poner fin al mismo.

Según el Informe del Defensor del Pueblo citado, los datos aportados por todos los cuestionarios aplicados hasta el momento, indican que los adultos no se percatan de los hechos por diferentes razones; “*esto conlleva una dificultad añadida en términos de detección e intervención puesto que, cuando los casos salen a la luz, la escalada de las agresiones suele estar en niveles de mayor riesgo e intensidad para la víctima*”⁴¹. Más recientemente y en la misma línea, se apunta que la ley del silencio que impera entre los estudiantes respecto a la violencia escolar hace que, en muchas ocasiones, los adultos no detecten a las víctimas y no puedan ofrecerles una protección adecuada. Lo que puede conllevar la decepción del adolescente con estos agentes, la desconfianza en las normas sociales y potenciar su percepción de soledad ante el problema que está sufriendo⁴².

Puede entenderse que ese cúmulo de silencios en cadena o comportamientos omisivos han contribuido sobremanera al desconocimiento de la magnitud o alcance de la problemática que abordamos; y lo que es peor, a las drásticas consecuencias que llevan aparejadas estas conductas, principalmente a la víctima, pero también a todos los implicados, directa o indirectamente. Sabemos que el acoso escolar repercute y afecta de forma directa y severa a la salud física, psicológica y social de la víctima; a lo que se suma la situación de clara indefensión en la que se encuentra el menor, por parte de quién asume la posición de “guarda” en horario escolar, ante la minimización e incluso, como se ha visto, la negación de los hechos. Pero también sabemos que el acoso escolar procura o genera asimismo efectos negativos indirectos al resto de los implicados; esto es, los afectados no sólo son las víctimas o agredidos, sino también los agresores y testigos (espectadores u observadores) que conforman todos ellos lo que se denomina el

⁴¹ Vid. Informe del Defensor del Pueblo. Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria. Ob. cit., p. 20.

⁴² Vid. POVEDANO, A., CAVA, M. J., MONREAL, M. C., VARELA, R. YMUSITU, G. (2015). Victimization, loneliness, overt and relational violence at the school from a gender perspective. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 15 (1), 44-51.

“*triángulo de bullying*”⁴³. La Fiscalía General del Estado en la citada Instrucción 10/2005, señala al respecto que: “*La nocividad del acoso escolar alcanza incluso a los menores que como testigos mudos sin capacidad de reacción lo 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*”

III. LA PREVENCIÓN DEL ACOSO ESCOLAR: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CENTROS EDUCATIVOS

La complejidad del acoso escolar exige que la actuación ante este tipo de maltrato presente en la infancia y adolescencia, adopte un carácter esencialmente preventivo-educativo. Las actividades formativas sobre educación en valores, educación en Resolución de Conflictos y la Mediación, nos resultan prioritarias tanto para docentes, padres y menores o adolescentes; así como su implementación uniforme en los Centros educativos de las distintas Comunidades Autónomas. Estos mecanismos se nos presentan como instrumentos especialmente aptos para evitar el acoso escolar y minimizar sus consecuencias en sus primeras fases.

Por tanto, las perspectivas de futuro discurren o deben centrarse, en un *primer estadio*, por la prevención, con respuestas eficaces desde el ámbito educativo⁴⁴. A nuestra sociedad le interesa y urge prevenir la aparición de estas conductas violentas y disminuir sus consecuencias⁴⁵. A tal efecto, debe seguirse en los Colegios las directrices de la primera Conferencia de la Comisión Europea sobre Seguridad en la Escuela, que tuvo lugar en Utrecht en febrero de 1997, que ya ratificó como necesario y urgente, que en los Centros educativos europeos se implementen y lleven cabo medidas de prevención de la violen-

⁴³ Vid. NORKA A.: “Violencia entre pares escolares (bullying) y su abordaje a través de la mediación escolar y los sistemas de convivencia”. *Revista Informe de Investigaciones Educativas*. Vol. XXII, n° 2, Número Especial, año 2008, p. 218.

⁴⁴ RUBIO LARA, P.A.: “Violencia en los centros escolares y delitos de omisión”, *La Ley Penal*, n° 6247, 2007, p. 1.

⁴⁵ Vid. GÓMEZ, FJ./ GALA, M./ LUPIANI, A./ BERNALTE, M.T. y MIRET, S. Lupiani y MC. BARRETO. El “bullying” y otras formas de violencia adolescente”. *Cuad Med Forense*, 13 (48-49), Abril-Julio 2007, pp.175 y 176.

cia escolar. Los diversos estudios en la materia revelan, pues, que es necesaria una cierta dosis de implicación o colaboración de padres, centros educativos y sociedad en general; es decir, una intervención simultánea, como única vía posible de prevención del acoso escolar. Con una mayor implicación de la educación y sus agentes aunando esfuerzos compartidos o colaborativos podrán lograrse “mayores y mejores resultados que superen las dicotomías que obstaculizan la labor educativa, provocando falsas disyuntivas entre teoría y práctica, entre teóricos y prácticos y entre escuela y sociedad”⁴⁶. Así, puede afirmarse que el abordaje del acoso ha de ser global ya que, como se ha puesto de manifiesto, produce efectos negativos para todas las partes implicadas, incluido el propio Centro.

Algunos estudios proponen sugerencias prácticas para la prevención que paulatinamente se van implementando en algunos Centros⁴⁷: talleres de preparación para padres, programas de formación y asesoramiento para padres desde Ayuntamientos, AMPAs, preparación técnica y psicosocial del profesorado, (entrenamiento en habilidades sociales, en gestión de conflictos, etc.). Potenciar la función del tutor, incrementar el número de orientadores en los centros escolares, implementar los medios para que las consecuencias de los actos violentos recaigan sobre quienes los realizan y, en ningún caso, sobre las víctimas; de modo que no sean éstas quienes tengan que cambiar de centro escolar. etc. Estas son algunas de las medidas y su puesta en práctica dependerá de su idoneidad en cada ámbito, de los recursos disponibles y de la voluntad política para implementarlas. Y aunque bien es cierto, que será inevitable que surjan conflictos en el ámbito educativo, es necesario que los centros educativos desarrollen programas de ayuda específicos y medidas necesarias para promover la paz y prevenir las manifestaciones de violencia⁴⁸.

⁴⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, A./BENITO MARTÍNEZ, J.: “Los conflictos escolares: causas y efectos sobre los menores” *Revista Española de Educación Comparada*, 8 (2002), p. 198.

⁴⁷ Vid. GÓMEZ, FJ./ GALA, M./ LUPIANI, A./ BERNALTE, M.T. y MIRET, S. Lupiani y MC. BARRETO. El “bullying” y otras formas de violencia adolescente”. Ob. cit. pp.175 y 176.

⁴⁸ A tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014 indica que, los equipos directivos, de orientación, así como los tutores y el consejo escolar, deberían replantearse estos criterios para que de forma general el colegio instaure programas que garanticen una educación integral, tanto en conocimientos como en valores.

Las investigaciones realizadas al respecto apuntan claramente en este sentido. Así, DÍAZ AGUADO propone desarrollar la prevención integrando características de los programas específicos contra el acoso desde una perspectiva amplia, que permita superar las contradicciones más habituales y rechazar todo tipo de violencia, así como el modelo de dominio-sumisión en el que se basa. Y se destacan, como elementos clave para la prevención, el desarrollo de la cooperación a múltiples niveles y el currículum de la no-violencia⁴⁹. En la misma línea, otro estudio más reciente analiza los efectos de un Programa de Ayuda entre Iguales para mejorar la convivencia escolar y prevenir el maltrato entre iguales en relación con el *bullying*; y sus conclusiones manifiestan la satisfacción de los diferentes sectores de la comunidad educativa sobre su puesta en práctica⁵⁰.

Sobre el particular cabe reseñar que la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2013)⁵¹ refiere un “continuo descenso” de los casos de acoso escolar gracias a las actuaciones preventivas de los colegios y a su vigilancia de la violencia en el ámbito escolar. En esta línea, *Save the Children* España sigue trabajando para acabar con esta lacra porque considera que todos los niños y las niñas sin excepción tienen derecho a ser protegidos de todas las formas de violencia y al desarrollo de todo su potencial de aprendizaje en un ambiente seguro. En su reciente Informe sobre “Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción” (2013) pone de relieve cómo las situaciones menos graves quedan invisibilizadas porque los mecanismos de denuncia y de actuación son insuficientes o no son co-

⁴⁹ En este estudio se analizan, los principales resultados obtenidos en las investigaciones sobre violencia entre adolescentes: incidencia, características de agresores y víctimas, diferencias en función de la edad y el género. Los resultados obtenidos en el programa evaluado con 783 adolescentes confirman la eficacia y viabilidad de los componentes referidos. Vid. DÍAZ-AGUADO, M.J.: “La violencia entre iguales en la adolescencia y su prevención desde la escuela.” *Psicothema*, Vol. 17, n° 4, 2005, pp. 549-558.

⁵⁰ Vid. AVILÉS MARTÍNEZ, J. M°/TORRES VICENTE, N./VIAN BARÓN, M° V.: “Equipos de Ayuda, Maltrato entre iguales y convivencia escolar”. *Revista Electrónica de Investigación Psicoeducativa* n° 16, Vol. 6 (3) 2008. Pueden consultarse sus conclusiones en pp. 882 y 883.

⁵¹ Vid. el Apartado relativo a la evolución de la criminalidad, referida a delitos en particular. Es el Apartado 6. 2.2.7 el que viene a referirse de forma muy escueta a la “violencia en el ámbito escolar” Memoria Fiscalía General del Estado. Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2013, p. 416.

nocidos por los niños, las niñas, sus familias y los y las docentes que los atienden.⁵²

La prevención del acoso escolar se puede realizar en distintos niveles:

a) *PREVENCIÓN PRIMARIA*: Se afirma que el fenómeno del «*bullying escolar*» se presenta como una manifestación más del malestar que está inundando todo el sistema educativo, pero cuyas raíces debemos situarlas en el contexto más amplio de una sociedad cada vez más dura e individualista, más competitiva y violenta⁵³.

A nuestro juicio, la educación en valores, la información, la sensibilización y consiguiente toma de conciencia del problema del acoso e intimidación entre iguales son las bases para garantizar la prevención de estas conductas. Y es que, desde siempre se ha considerado que los padres y la propia escuela, son los principales agentes socializadores de los menores. Las políticas y estrategias de prevención deben partir de un replanteamiento general a propósito de los valores que han de inculcarse a menores y adolescentes en la familia, la escuela y los medios de comunicación. No es posible que los niños alcancen un pleno desarrollo de sus competencias intelectuales y emocionales si no es desde la coeducación familia-escuela. Es desde estos dos ámbitos desde donde ha de llevarse a cabo una educación en valores. Particularmente, también se reclama de la escuela un papel prioritario en la formación de un conjunto amplio de valores que, como revela un reciente estudio⁵⁴ son de especial relevancia para el

⁵² Vid. ORJUELA LÓPEZ, Liliana, BELKIS, Finalé. CALMAESTRA VILLÉN, Juan, MORA-MERCHÁN, Joaquín A. y ORTEGA-RUIZ, Rosario. Informe sobre “Acoso escolar y ciberacoso: propuestas...”. Ob. cit. p. 7.

⁵³ GARCÍA MARTÍNEZ, A./BENITO MARTÍNEZ, J.: “Los conflictos escolares: causas y efectos sobre los menores”, *Revista Española de Educación Comparada*, 8 (2002), p. 181.

⁵⁴ En este estudio se concluye que la escala desarrollada constituye un instrumento con importantes evidencias de validez y fiabilidad que permite explorar, especialmente en contextos escolares, un conjunto amplio de valores de especial relevancia para el Desarrollo Positivo Adolescente. Los análisis cuantitativos realizados pueden verse en la (tabla 2) de 24 ítems (p. 156) agrupados en ocho subescalas: compromiso social, prosocialidad, justicia e igualdad, honestidad, integridad, responsabilidad, reconocimiento social y hedonismo; las cuales se agrupan a su vez en tres escalas: valores sociales, valores personales y valores individualistas. Vid. ANTOLÍN SUÁREZ, Lucía, OLIVA DELGADO, Alfredo, PERTEGAL VEGA, M.A./ LÓPEZ JIMÉNEZ, A. M^a.: “Desarrollo y validación de una escala de valores para el desarrollo

Desarrollo Positivo Adolescente. En esta investigación se apunta que “son muchas las voces que reclaman a la escuela un papel prioritario en la formación moral y socioemocional del alumnado, de cara a la promoción de competencias que permitan a jóvenes hacer su contribución a la sociedad y afrontar con éxito su vida personal y profesional”. Los propios directivos declaran según su experiencia, la necesidad y el compromiso de las instituciones escolares en torno a la educación en valores como forma de enfocar los problemas derivados de la convivencia. Suscriben que dicho compromiso, o al menos la búsqueda del mismo, es una necesidad y un trabajo mucho más patente en secundaria que en primaria⁵⁵. Este es otro de los objetivos que indirectamente recoge del II PENIA (2013-2016)⁵⁶.

En esta fase, la responsabilidad recae sobre los padres que deben abogar por una educación antiviolencia, democrática y no autoritaria, transmitiendo a los hijos valores de convivencia pacífica, responsabilidad y solidaridad. Por el contrario, la presencia de tensiones en la familia, la ausencia de reglas y límites, la falta de supervisión y control de ciertas conductas antisociales de los hijos, pueden generar en los menores la adquisición de comportamientos agresivos que pudieran desembocar en un futuros hechos delictivos. En este sentido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2013)⁵⁷ señala, –sin referirse específi-

positivo adolescente”. *Psicothema*. Vol. 23, nº 1, 2011, pp. 153-159. La investigación se lleva a cabo con 2.400 adolescentes (1.068 chicos y 1.332 chicas) de 12 a 17 años, que cursaban estudios de Educación Secundaria en centros de Andalucía occidental.

⁵⁵ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ARMENGOL ASPARÓ, C./SILVA GARCÍA, B.P.: “El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención”. *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 27. Esta investigación recoge los resultados del debate virtual continuado que durante tres meses realizó la Red Atenea de 37 directivos españoles voluntarios, situados a grandes distancias, que no se conocen ni se han visto. Conectándose a la plataforma media hora cada semana, son capaces de generar y difundir un producto completo sobre como conocer, diagnosticar y actuar respecto a algunos temas problemáticos, (el «Bullying») y la contrastación de sus resultados con otros 16 directivos que formaron parte de un programa de formación para la dirección en el ámbito estatal.

⁵⁶ El Objetivo 6 del II Plan Estratégico Nacional de infancia y Adolescencia 2013-2016 (PENIA II) apuesta por garantizar una educación de calidad para todos caracterizada por la formación en valores. En el apartado 6.8 bajo la rúbrica “Educación en valores y prevención del conflicto”, el subapartado (6.8.5) viene referirse a la necesidad de promover todas aquellas medidas que prevengan e intervengan en los casos de *acoso escolar*, corresponsabilizando a los alumnos en el objetivo de un buen clima escolar. Pp. 51 y 52.

⁵⁷ Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado (2013). Ob. cit., p. 409.

camente al acoso escolar– que, “*con frecuencia numerosos comportamientos delictivos responden más bien a modelos educativos no adecuados, definidos, por la laxitud en cuanto a la imposición de límites a los adolescentes*”.

Los Colegios, por su parte, son garantes de mejorar la convivencia en sus Centros, prevenir la conflictividad y evitar la aparición de conductas violentas entre iguales, que pudieran desembocar en acoso escolar. El Defensor del Pueblo en su Informe sobre violencia escolar considera que “la respuesta normal debe ser, además, de la acción preventiva, la que se produce en sede de disciplina escolar”. Sobre el particular nos parece esclarecedora la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014 cuando señala que “para mejorar la convivencia educativa y prevenir la violencia, es preciso tomar conciencia de que existe como mínimo un conflicto y a partir de ahí, dar la importancia necesaria para gestionar sin minimizar ni despreciar los indicadores que orienten en esa dirección. Así, hay que enseñar a resolver conflictos de forma constructiva, es decir, pensando, dialogando y negociando”.

En este contexto, un reciente estudio apunta que participar en el acoso se relaciona con una peor valoración de las normas de la escuela y una percepción más negativa de la interacción con el profesorado, que parece originar escaladas de disrupción y coerción⁵⁸. Los resultados de esta investigación reflejan la necesidad de tratar de prevenir conjuntamente estos dos problemas, enseñando a rechazar toda forma de violencia y a través de un tratamiento más eficaz de la disrupción⁵⁹, para prevenir o frenar las escaladas desde su inicio. Que

⁵⁸ Vid. DÍAZ-AGUADO JALÓN, M.J.^a/ MARTÍNEZ ARIAS, M.R.: “Peer bullying and disruption-coercion escalations in student-teacher relationship”. *Psicothema*, Vol. 25, N.º. 2, 2013, pp. 206-213. Este estudio relaciona el bullying con las escaladas de disrupción-coerción que a veces se producen en las aulas. Método: participaron en el estudio 22.114 adolescentes españoles con edades entre 12 y 18 años (edad media= 14,22; D.T.= 1,41). 49,6% fueron chicos (edad media= 14,26; D.T.= 1,41) y 50,4% chicas (edad media= 14,20; D.T.= 1,40). El diseño fue de encuesta con muestreo de conglomerados estratificado. Los datos fueron analizados con análisis de clases latentes. Resultados: la participación directa en el *bullying* permitió detectar cinco grupos: no implicados, acosadores, seguidores, víctimas agresivas y víctimas pasivas.

⁵⁹ El término “disrupción” no aparece en la RAE mientras que el adjetivo “disruptivo” sí lo hace: (Del ingl. *disruptive*). 1. adj. Fís. Que produce ruptura brusca. En el Diccionario María Moliner sí aparece (del lat. *disruptio*, -ōnis) f. culto o cient. Ruptura o interrupción brusca. Y el término “coerción” (Del lat. *coercio*, -ōnis). pre-

el profesorado fomente un buen clima en el aula parece ser un factor de protección de la violencia en la escuela y el consenso de normas en el aula podría ser una de las vías para conseguirlo⁶⁰.

Al respecto citar, a título de ejemplo, algunos Programas que ya funcionan con éxito en la prevención y tratamiento del acoso escolar. Uno de ellos, el conocido programa KiVa, (acrónimo de Kiusaamista Vastaan) contra el acoso escolar, implantado en Finlandia en el año 2007. Su demostrada eficacia, reside en que a diferencia de otros modelos que se centran exclusivamente en la víctima y el acosador, KiVa intenta cambiar las normas que rigen el grupo. KiVa surgió de un serio compromiso entre la comunidad educativa y el gobierno finlandés⁶¹. Al parecer, está logrando frenar el acoso escolar y el *ciberbullying* en sus aulas en porcentajes muy alentadores. Ya en los Programas nacionales cabe citar entre otros los siguientes: a) Entre 1995 y 1998, se desarrolla el denominado Proyecto Sevilla Anti-Violencia Escolar (SAVE), (Ortega et al., 2004); b) El Proyecto Andalucía Anti-Violencia Escolar (ANDAVE), se desarrolló durante los cursos 1997 y 1998. En él se utilizó el “Cuestionario sobre intimidación y maltrato entre iguales” diseñado por Ortega y Mora Merchan (1995). c) Programa de Sensibilización contra el maltrato entre iguales (Monjas y Avilés, 2006); d) Programa ConRed, “Conocer, construir, convivir en Internet y las redes sociales” (del Rey et al., 2012)⁶²; e) Más recientemente el Programam Cyberprogram 2.0. Un programa de in-

senta estas acepciones en la RAE 1. f. Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta. Sobran amenazas y coerciones. 2. f. Represión, inhibición, restricción. La libertad no es solo ausencia de coerción.

⁶⁰ Vid. POVEDANO, A., CAVA, M. J., MONREAL, M. C., VARELA, R. YMUSITU, G. (2015). Victimization, loneliness, overt and relational violence at the school from a gender perspective. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 15 (1), 44-51.

⁶¹ Los efectos del programa KiVa se han evaluado en numerosos estudios. Además de los estudios basados en los datos recogidos y analizados por el grupo de investigación KiVa, también datos independientes recogidos por el Instituto Nacional de Salud y Bienestar Social indica que la intimidación y la victimización han disminuido en Finlandia desde el amplio despliegue del programa. KiVa está siendo evaluado en varios países y están surgiendo los primeros estudios internacionales de los Países Bajos, Estonia, Italia, y Gales, etc. Enlazar; <http://www.kivaprogram.net/media>

⁶² Sobre el particular Vid. DEL REY, R., CASAS, J.A. Y ORTEGA-RUIZ, R. “El Programam ConRed, una práctica basada en la evidencia” *Revista Comunicar* 39: La formación de profesores en educación en medios. Vol.20 (2012), Recurso en línea: <http://www.revistacomunicar.com/indice/articulo.php?numero=39-2012-15>

tervención para prevenir el cyberbullying (Garaigordobil y Martínez-Valderrey, 2014)⁶³.

En esta línea, pero desde otra perspectiva, particular atención merece, a nuestro modo de ver, la información que debe suministrarse a los alumnos sobre las implicaciones legales que pueden tener las conductas de acoso y ciberacoso. Una reciente investigación llevada a cabo en Reino Unido⁶⁴ ha estudiado el grado de conciencia y de comprensión de los escolares sobre los aspectos jurídicos del *cyberbullying* (legislación, delitos, derechos de los escolares, sanciones y responsabilidades). El resultado arroja una brecha considerable entre lo que los estudiantes deben saber y de lo que se les informan sobre este particular. Una línea de actuación en este sentido puede ayudar a concienciar y persuadir a los menores (potenciales agresores) sobre las graves consecuencias de la adopción de estas conductas.

De otro lado, también se sitúa el foco de prevención en los medios de comunicación⁶⁵; especialmente la Televisión e internet, deben establecer controles a modo de autorregulación para fijar limitaciones en cuanto a determinados contenidos (programas de acción y violencia). Incluso a la hora de difundir informaciones o noticias sobre casos ya verificados de acoso. No obstante, los medios de comunicación también se revelan como un medio muy útil para la sensibilización y concienciación social frente al fenómeno, aunque se critica que en ocasiones generan alarma social y no difunden las noticias con exactitud. A nivel de sociedad, las campañas anuales de sensibilización

⁶³ Vid. GARAIGORDOBIL Y MARTÍNEZ-VALDERREY, 2014). “Efecto del Cyberprogram 2.0 sobre la reducción de la victimización y la mejora de la competencia social en la adolescencia”. *Revista de Psicodidáctica*, 2014, 19 (2), pp. 289-305.

⁶⁴ En esta investigación participaron 197 estudiantes de ambos sexos con edades comprendidas entre 11 y 14 años de Educación Secundaria. Vid. PAUL, S./SMITH, P.K. y BLUMBERG, H.H.: “Investigating legal aspects of cyberbullying”. *Psicothema* Vol. 24, n° 4, 2012, pp. 640-645.

⁶⁵ El Comité de Derechos del niño recomendaba en 2010 a España que prosiga su labor de promover la existencia de medios de comunicación de calidad que contribuyan a la alfabetización digital de los niños, garantice que la televisión pública tome la iniciativa, y ejerza una función de liderazgo en la creación de programas responsables durante las horas de máxima audiencia de los niños (...) y aliente a las empresas que operan en el sector de Internet a que adopten códigos de conducta adecuados, y aliente la capacitación de los niños y los adultos para navegar con seguridad en Internet. Sobre el particular, Vid. El objetivo 3 del PENIA II (2013-2016) bajo la rúbrica “Impulsar los derechos y la protección de la infancia con relación a los medios de comunicación y a las tecnologías de la información en general”, p. 19.

también pueden funcionar para prevenir el acoso escolar; es este sentido, cabe reseñar la primera gran campaña a nivel estatal de sensibilización frente al *'bullying'*, impulsada por la Policía bajo el lema *"Todos contra el acoso escolar"*, en la que agentes especializados acuden a los centros escolares para concienciar a los alumnos sobre esta lacra⁶⁶. A partir del 2 de febrero de 2016, Correos emitirá un sello para concienciar en la lucha contra el acoso escolar.

b) *PREVENCIÓN SECUNDARIA*: Con frecuencia, en los casos de acoso escolar, pasan muchos meses hasta que la situación de indefensión que genera el acoso, produce en la víctima una severa interferencia en su rendimiento escolar, en su comportamiento y autoestima, etc. Como apuntábamos anteriormente, las conductas de *bullying* pueden llegar a ser muy sutiles, muy difíciles de descubrir y muy fáciles de reforzar⁶⁷, especialmente cuando el nivel de maltrato es bajo o medio-bajo y su forma de manifestarse relativamente sutil, que es prácticamente siempre⁶⁸. Precisamente, la sutileza de las conductas violentas relacionales en el aula y la ley del silencio que impera para las víctimas de violencia escolar podrían impedir que los adultos sean conscientes de la situación que sufren estos estudiantes.⁶⁹

En esta fase entrarían en juego las medidas concretas a adoptar (plan de actuación) una vez detectada, en sus inicios, la situación de acoso. Un amplio abanico de actuaciones y medidas instadas desde el propio ámbito educativo, que, en muchos casos, sin lugar a dudas, resultarían suficientes para poner freno al problema.

A estos efectos, resulta primordial que el Centro tenga conocimiento de los hechos, por lo que, desde éste, se ha de promover en los menores y adolescentes un cambio de mentalidad respecto a la

⁶⁶ Para dudas, consultas y peticiones de ayuda sobre el acoso en los Colegios la Policía ha habilitado el correo *seguridadescolar@policia.es*. Con motivo de la presentación de la campaña se desvelaron como datos que, en total, en 2012, el acoso en las aulas generó 316 denuncias, de las que 213 fueron por lesiones.

⁶⁷ Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, A./BENITO MARTÍNEZ J.: "Los conflictos escolares: causas y efectos sobre los menores", *Revista Española de Educación Comparada*, 8 (2002), p. 182.

⁶⁸ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B.P.: "El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención". *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 27.

⁶⁹ Vid. POVEDANO, A., CAVA, M. J., MONREAL, M. C., VARELA, R. Y MUSITU, G. (2015) "Victimization, loneliness, overt and relational violence at the school from a gender perspective". *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 15 (1), 44-51.

importancia y necesidad de poner en conocimiento (denunciar) los casos de acoso de un compañero/a, aunque no sean víctimas directas de ello (romper la Ley del silencio). Actuar tempranamente cuando se den los primeros indicadores que hagan sospechar una posible situación de acoso, erradicará, o cuanto menos minimizarán sus consecuencias. Por este motivo, se insiste desde los propios Tribunales que *“cualquier indicio o signo que el niño/adolescente exprese, de afectación o malestar, en esta dirección, hay que considerarlo sin dilación, procurando, atención y con tensión ante lo que ocurre, indagando en la realidad que se infiere del problema y aportando soluciones que, primero, respalden y amparen el desvalimiento e indefensión que esté viviendo el niño o adolescente y segundo, incluyan a todos los implicados, para que puedan adoptarse medidas adecuadas que modifiquen el patrón de conducta afectado en la interacción de acoso”*⁷⁰.

Se afirma, –con razón–, que el primer nivel de lucha contra el acoso escolar se sitúa en los centros educativos, auspiciado por profesores implicados, la comunidad escolar y la insustituible colaboración de las familias, por ser ellas quienes pueden, principalmente, identificar los primeros síntomas. Algunos indicadores pueden ayudar a detectar que un menor está sufriendo de acoso en el Colegio; su manifestación principal refleja cambios significativos en su comportamiento: cambios de comportamiento del niño, de humor, tristeza, llantos o mayor irritabilidad, pesadillas, alteraciones en el sueño y/o en el apetito, pérdida de peso, dolores somáticos, dolores de cabeza, de estómago, vómitos, pérdida de sus pertenencias escolares o personales de forma frecuente (baby, mochila, goma, estuche, colores, etc); incluso en algunas ocasiones presenta rasguños, hematomas, que trata de justificar poniendo cualquier tipo de excusa. No quiere salir con los amigos y rehúsa ir al colegio. En un reciente estudio, los directivos que participan en la investigación señalan como indicadores de la posible víctima los siguientes: a) Si la persona se vuelve retraída y habla menos, deja de salir con los amigos, pasa mucho tiempo sola, está sensible y llora o se enfada con facilidad, o si se producen cambios en el apetito y come menos o sin hambre; b) Si duerme muchas horas o se desvela por la noche o si descuida su aspecto personal o disminuye su rendimiento sacando peores notas; también, si presenta signos

⁷⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014.

externos como posibles golpes, moratones, arañazos o prendas de vestir rotas, y c) si la persona rehúsa ir al colegio sin motivo aparente o, al insistir, finge o padece todo tipo de malestar (males de cabeza, dolores de estómago, vómitos, problemas visuales, dolores en brazos y piernas, hiperventilación) y argumenta antes que reconocer el verdadero problema que le preocupa⁷¹.

Síntomas o indicadores que como describe la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2012⁷², fueron tardíamente identificados por los propios padres, agravando drásticamente la situación. Se iniciaron, –en el caso de autos–, en 2º de Primaria (según los especialistas pudieron ser incluso anteriores), no habiendo podido apreciarse inicialmente en su gravedad por los padres, sino cuando se agravó en el curso siguiente (2008-2009 de 3º de Primaria), culminando en el presente curso 2009-2010 (4º de Primaria): *“los padres apreciaron un cambio en la conducta del menor, triste y distraído sin motivo aparente, sufriendo una primera fase de hostigamiento de cinco compañeros de colegio (...), no siendo conscientes los padres de ser una actividad ejecutada deliberadamente por un grupo unido. Se producen en esta fase, pinchazos hasta en cuatro ocasiones con lápices, hasta el punto de dejar marca al niño en su pierna derecha. La primera vez que sucedió fue la madre a hablar con la profesora que manifestó ya haber hablado con la madre del agresor. Además le desaparecen toda clase de objetos y útiles escolares (juguetes, gomas, lapiceros, tijeras, grapadoras, estuches, el baby) hablando los padres con la profesora que hace caso omiso, alegando descuido del niño, pese a que una de las veces encuentra el baby la profesora delante de toda la clase en la cartera de (...), sin adoptar medida alguna. Le esconden de forma sistemática, para reírse, la cartera y el abrigo, ocasionando nerviosismo al niño que sale siempre de clase tarde, al buscarlos. Se produce además un progresivo aislamiento, al no sentarse ni jugar nadie con él, dejándole solo en clase de informática y en las excursiones y aunque se lo cuenta a la profesora, éste le contesta: “más vale solo que mal acompañado”, callándose el menor muchas de estas actuaciones que solo salen a la luz más tarde, por no entender lo que ocurría o por miedo a las represalias”*.

⁷¹ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B.P.: “El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención”. *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 28.

⁷² Vid. FJ 3º de la SAP de Madrid (Sección 25ª) Sentencia núm. 241/2012 de 11 mayo (AC\2012\384) Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

Por ello, se insiste en la conveniencia de tener establecido un claro conjunto de medidas destinadas a frenar y paliar la situación de acoso, para evitar la situación prolongada y mantenida por no poner freno desde el inicio. La inacción de los profesionales, en el entorno escolar, favorece la paulatina agresión como forma de funcionamiento, más aun cuando no se desarticula en los primeros momentos. Tal y como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014, “*la ignorancia institucional puede llevar al encumbramiento de la ley del más fuerte.*”

Para evitar llegar a estos extremos (agravamiento de la situación) es fundamental una intervención rápida y efectiva con la colaboración y cooperación de todas las partes implicadas: alumnos, padres, profesores y la dirección del centro, quién, en su deber/obligación de prevenir, decidirá, en su caso, las medidas educativas, disciplinarias o correctoras a aplicar al presunto acosador⁷³, y especialmente adoptará medidas adecuadas para proteger al menor acosador.

Sin embargo, en ocasiones, las medidas impuestas por el Centro al presunto acosador son recurridas por sus progenitores. Así, se constata en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 18 diciembre de 2015. En el caso de autos, la Directora del Centro IES “Los Cantos” de Bullas (Murcia) impuso al alumno de 4º de ESO, durante el curso 2012-2013, una medida educativa de corrección, consistente en suspensión del derecho de asistencia al centro por un periodo de 30 días lectivos, según el artículo 52.2.b) del Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares. El motivo fue, conductas gravemente perjudiciales para la convivencia escolar. El expediente disciplinario se inicia el 27 de mayo de 2013, por “*presunto acoso escolar a una alumna del Centro, actos graves de injuria y ofensa reiteradas a través de las redes sociales y desequilibrio*

⁷³ Por ejemplo, amonestación privada del tutor o Jefe de estudios, participación en un proceso de mediación, petición de disculpas a la víctima, realización de trabajos en horario no lectivo relacionados con el daño causado o con la mejora de la convivencia en el centro, participación en cursos o programas de habilidades sociales en horario no lectivo, cambio de grupo de los agresores, suspensión del derecho a participar en actividades extraescolares, apertura de expediente disciplinario, expulsión del centro por un determinado plazo, etc. Estas medidas deben tener como objetivo la reeducación de los agresores y la readaptación al centro.

de fuerzas entre acosados o acosadores y víctimas". Consta probado que los padres recibieron toda la documentación y que el hijo reconoció los comentarios ofensivos por Whatsapp y la autoría de la frase junto al número de teléfono de la alumna acosada en You Tube. Los padres, por su parte, también reconocieron expresamente los hechos imputados. No obstante, con posterioridad, solicitan decretar la nulidad de todas las actuaciones habidas en el expediente administrativo, alegando entre otras cosas, que se había impuesto una sanción desorbitada al alumno; que la entrevista de la Directora, vició la nulidad del expediente, ya que llamó al alumno antes que a sus padres, que la prueba entregada al centro por los padres de la alumna presuntamente acosada estaba manipulada, etc. La Sala entiende, que ante la rotundidad en el previo reconocimiento expreso de los hechos "pretender ahora una nulidad, nos parece sorprendente y temerario, declarando procedente la sanción impuesta".

Siguiendo la línea argumentativa en sede de prevención, debe entenderse que el Centro Docente es garante de la seguridad de los niños y adolescentes que están bajo su guarda en horario escolar y les compete un deber general de vigilancia que ha de ser extremo ante aquéllos supuestos en que pueda percibirse signos de debilidad en el menor que hagan sospechar un indicio de acoso. Por ello, *"no hay que negar nunca, la situación de agresión que alguien constate, sino aceptar la posibilidad de que esté ocurriendo e investigar la realidad del clima escolar. Así se podrán tomar medidas pedagógicas como la colaboración de todos los implicados para conseguir una mejora relacional entre los niños, evitando las desviaciones de comportamiento y facilitando cambios saludables para mejorar la autorregulación social ética y emocional en los propios niños afectados y que sirva de modelo al resto del alumnado"*⁷⁴.

Resulta interesante traer a colación la investigación que llevó a cabo OLWEUS en el año 1983⁷⁵ a propósito de dar respuesta a la cuestión de cuánto hacen los profesores y cuánto saben los padres en relación a estas conductas violentas. Las respuestas de los alumnos revelaron que alrededor del 40% de los alumnos agredidos en los grados de educación primaria, y casi el 60% de los de educación secundaria dijeron que los profesores habían intentado "ponerle fin"

⁷⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014.

⁷⁵ Vid. OLWEUS, D. *Conductas de acoso y amenaza entre escolares...* Ob. cit. pp. 37 y 38.

solamente “alguna vez” o “casi nunca”; y en torno al 65% de los alumnos víctimas de acoso de las escuelas de educación primaria dijeron que su profesor no había hablado con ellos sobre el problema. En el caso de los alumnos de educación secundaria la cifra ascendía al 85%, por lo que concluye el autor señalando que los profesores hacían relativamente poco para detener la intimidación en las escuelas, opinión que compartían agresores y víctimas. En sentido parecido, se muestran algunas investigaciones más recientes en nuestro país, que también revelan la opinión de los alumnos sobre que el profesorado interviene poco y que eso alienta a los agresores; lo que justificaría la necesidad de movilizar acciones organizativas y educativas en los centros escolares⁷⁶. Opinión que también sostiene ROJAS MARCOS cuando señala desde su experiencia que aunque las ofensas más visibles suelen ocurrir a espaldas del profesorado, bastantes maestros son reacios a admitir que hay acoso en sus clases. “*A unos les cuesta reconocer que ciertos niños pueden ser asombrosamente crueles. Otros temen ser tachados de inexpertos*”⁷⁷.

De otra parte, ya en relación a las familias, el estudio de OLWEUS⁷⁸ revela que alrededor del 55% de los alumnos víctimas de intimidaciones de primaria dijeron que “alguien de casa” había hablado con ellos sobre el problema y en secundaria este porcentaje se reducía al 35%. Se puede concluir, pues, que los padres de los alumnos víctimas de agresiones y, en particular, de alumnos que intimidan a otros, tienen relativamente poca conciencia del problema y sólo hablan de él con sus hijos en contadas ocasiones. Sin poder extrapolar estos resultados y conclusiones al contexto actual, si nos pueden servir de guía para reflexionar y proponer la realización de estudios similares que analicen y evalúen esos o similares indicadores en nuestro sistema educativo.

c) *PREVENCIÓN TERCIARIA*: serían las medidas de ayuda a los protagonistas directos de los casos de acoso escolar (víctimas, acosadores y testigos). Este nivel trata de minimizar el impacto en situaciones

⁷⁶ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B.P.: “El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención”. *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 24.

⁷⁷ Vid. ROJAS MARCOS, L.: “Los estragos del acoso escolar”. *El País* 2 de abril de 2005. Enlazar en http://elpais.com/diario/2005/04/02/opinion/1112392807_850215.html (Fecha de consulta 20 de abril 2014).

⁷⁸ Vid. OLWEUS, D. *Conductas de acoso y amenaza entre escolares...* Ob. cit. pp. 37 y 38.

de acoso escolar ya consolidadas. Se utilizan medidas terapéuticas, de soporte y protección a las víctimas y de soporte y control a los agresores. Debe repararse que en estos casos ya ha podido haber denuncia del propio Colegio, y evidentemente de los padres del menor, víctima de acoso. Y aunque en líneas generales el Colegio no suele denunciar los hechos en cuestión, tiene obligación de hacerlo. El artículo 262 LECr. prevé que *“los que por razón de su cargo, profesión u oficios tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, Tribunal competente, Juez de Instrucción y, en su defecto, al funcionario de policía más próximo.”* En esta línea, el artículo 13 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor, bajo la rúbrica *“Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva”* en su nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señala que *“Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”* (art. 13.1).

Por tanto, si ha habido denuncia, la ya citada Instrucción 10/2005 de 6 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, aporta interesantes consideraciones al respecto. En la Conclusión 5 señala que *“Cuando los hechos que lleguen a conocimiento del Fiscal tengan indiciariamente como autores a menores de 14 años, procederá a 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 víctimas y en relación con los victimarios”*. Obsérvese que estos menores de 14 años son inimputables y la LORPM se aplica a los menores de entre 14 y 18 años. Paralelamente, en su Conclusión 12 señala que *“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 oportunas”*.

Puede destacarse el papel relevante que se otorga al Centro en esta fase de prevención-intervención, en que las conductas de acoso no son imputables penalmente al menor de 14 años y en caso de mayores de 14 a 18 no llegan a subsumirse como delito en el Código Penal. De todo lo actuado se dará cuenta al Centro escolar para que adopte medidas oportunas para el tratamiento de las conductas re-

lacionadas con el acoso escolar, que en algunos casos requerirá un procedimiento altamente estructurado que asegure el fin de los actos de maltrato, la protección y seguridad de la víctima.

IV. AVANCES LEGISLATIVOS Y EJES ESTRATÉGICOS DE INTERVENCIÓN DE LOS CENTROS DOCENTES

La LO 2/2006, de 3 de mayo de Educación⁷⁹ señala en relación a los principios de educación, la transmisión de aquellos valores que favorecen la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, que constituyen la base de la vida en común (artículo 1 apartado c). Asimismo, refiere el ejercicio de la tolerancia y de la libertad, dentro de los principios democráticos de convivencia, y “la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y *en especial en el del acoso escolar*” (artículo 1 apartado k). Y es precisamente, este apartado k) el que se ha visto modificado por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)⁸⁰ para incluir expresamente este fenómeno o patología, que sin duda es motivo de creciente preocupación, como muestran los numerosos estudios e investigaciones dirigidos a prevenir, detectar y actuar ante los casos de acoso escolar.

Igualmente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incluyendo deberes del menor en el ámbito familiar, escolar y social. El nuevo artículo 9 *quinquies*, relativo a los deberes en el ámbito social, destaca en particular, el deber de “Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que

⁷⁹ Vid. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (RCL 2006/910). BOE núm. 106 de 4 de mayo de 2006, pp. 17158 y ss.

⁸⁰ Vid. Artículo único. Modificación de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En su apartado uno da nueva redacción, entre otros, al apartado k) del art. 1 en el sentido expuesto. Véase la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa. Reforma el sistema educativo para mejorar la calidad del sistema educativo, elevar los niveles de educación actuales y reducir el abandono escolar (RCL 2013\1771). Jefatura del Estado, BOE 10 diciembre 2013, núm. 295, p. 97858.

se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social” (apartado 2 a.). En esta línea, la Ley 26/2015 también modifica el art. 11 de la LO 1/1996 y se introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluyendo el acoso escolar (art. 11.2 apartado i).

Por lo que ahora nos interesa, y de forma específica, el nuevo artículo 9 *quáter*, bajo la rúbrica “Deberes relativos al ámbito escolar” señala en su apartado segundo que “Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, *evitando situaciones de conflicto y el acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso*”. Y en su apartado tercero, a efectos de prevención, indica que “A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación”.

Las nuevas las políticas y estrategias legislativas vienen referidas a la consideración del menor como ciudadano y titular de derechos y también de deberes; entre ellos, el respeto de los demás y la no violencia, estaría en el centro de esta política educativa. Sin embargo, es un hecho incontestable que cuando ciertos deberes se incorporan a las normas haciéndolos imperativos es porque existe una quiebra evidente en su cumplimiento. Una línea de actuación (formativa e informativa) en este sentido puede ayudar a concienciar y persuadir a los menores (potenciales agresores) sobre la graves consecuencias de la adopción de estas conductas. De forma paralela urge desarrollar e implementar en los Planes de Convivencia de los Centros programas de formación e información homogéneos para padres, docentes y alumnos relativos al acoso escolar; particularmente formación en Resolución de Conflictos (ERC) y de Mediación. Medidas desde el propio ámbito educativo, que, en muchos casos, sin lugar a dudas, resultarán suficientes para poner freno al problema. Se insiste, pues, en la conveniencia de tener establecido un claro conjunto de medidas destinadas a frenar y paliar la

situación. Cada Centro, al elaborar su propio Plan de Convivencia, que será aprobado por el Consejo Escolar podrá establecer previsiones al respecto y normas que garanticen su cumplimiento. El Centro decidirá, en su caso, las medidas educativas, disciplinarias o correctoras a aplicar al presunto acosador⁸¹; y especialmente, adoptará medidas adecuadas para proteger al menor acosado. Además de estas medidas, la implementación de programas de mediación en el Centro se muestran como una herramienta útil para la prevención de la violencia escolar.

En este contexto, cabe traer a colación que, el 22 de enero de 2016, el Consejo de Ministros analizó el Borrador del Plan Estratégico de Convivencia Escolar⁸². Según se ha anunciado, el plan tiene su origen en la convicción de que “la convivencia es uno de esos ejes en los que puede haber consenso para el necesario Pacto Nacional de Educación en España”; perspectiva desde la que se abordó su diseño con el objetivo de promover la cooperación entre instituciones y administraciones e “involucrar y hacer partícipes a alumnos y familias”. En rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros, la vicepresidenta del Gobierno en funciones, y el también interino titular de Educación, destacaron que este plan quiere “servir de referencia a alumnos, familias y profesores a través del trabajo coordinado”. “Lo que se pretende al final, es que el acoso deje de ser un grito silencioso, que el que lo sufre no lo padezca internamente sino que tenga ayuda; que padres, docentes sean capaces de prestar esa ayuda y que entre todos contribuyamos a paliar esto

⁸¹ Por ejemplo, amonestación, participación en un proceso de mediación, petición de disculpas a la víctima, realización de trabajos en horario no lectivo relacionados con el daño causado o con la mejora de la convivencia en el centro, participación en cursos o programas de habilidades sociales en horario no lectivo, cambio de grupo de los agresores, suspensión del derecho a participar en actividades extraescolares, apertura de expediente disciplinario, expulsión del centro por un determinado plazo, etc. Estas medidas deben tener como objetivo la reeducación de los agresores y la readaptación al centro.

⁸² El Borrador del Plan contempla, entre otras medidas, la puesta en marcha de un teléfono de atención a víctimas de acoso escolar, la elaboración de un protocolo de convivencia escolar, una guía para padres y un manual de apoyo a víctimas de violencia escolar, la creación de un portal Web con buenas prácticas de las comunidades autónomas e información y formación dirigido a los alumnos, familiares y los profesores, la implementación de itinerarios de formación del profesorado en convivencia o la elaboración del Plan Director de Convivencia y Mejora de la Seguridad de los Centros Educativos y sus Entornos. Véase el *Informe sobre el Plan estratégico de Convivencia Escolar*. Enlace: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2016/refc20160122.aspx#ConvivenciaEscolar>

que es un problema y preocupación enorme para muchísimas familias”. Entre otras medidas se prevé la puesta en marcha de un teléfono gratuito contra el acoso escolar.

V. PLANES DE CONVIVENCIA Y PROTOCOLOS DE ACTUACION ANTE SUPUESTOS DE ACOSO ESCOLAR

Las Comunidades Autónomas en virtud de las competencias que tienen transferidas en materia educativa y que les confiere la LO 2/2006, de 3 de mayo de Educación han elaborado normas para prevenir el acoso escolar impulsando programas educativos específicos dedicados a la prevención de este tipo de conductas mediante el desarrollo de medidas e instrumentos de carácter preventivo-educativo⁸³. Cada Centro, –al elaborar su propio Plan de Convivencia, que será aprobado por el Consejo Escolar del centro– podrá establecerá previsiones al respecto y normas que garanticen su cumplimiento; programas de formación y asesoramiento del profesorado, creación de figuras internas en los centros escolares dedicadas a la mejora de la convivencia, renovación y actualización de los reglamentos internos de los centros para fijar reglas de convivencia conocidas por toda la comunidad, impulso de observatorios de la convivencia o la creación de protocolos para la identificación y tratamiento del *bullying* y *ciberbullying* (Defensor del Pueblo Andaluz 2014). Sin ánimo de exhaustividad, en estas páginas solo nos referiremos a la normativa aprobada en la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre las medidas y procedimientos dirigidos a realizar actuaciones para la identificación, intervención y seguimiento de las situaciones de acoso escolar.

Así, el artículo 34 del Decreto 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de Paz y la Mejora de la Convivencia en los Centros Educativos sostenidos con fondos públicos⁸⁴, dispone que la Administración educativa establecerá, mediante protocolos específicos, los procedimientos de actuación e intervención de los centros docentes para los supuestos de

⁸³ Vid. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. (BOE núm. 106 de 4 de mayo de 2006, p. 17158.

⁸⁴ Publicado en el BOJA nº 25, 02-02-2007. (Corrección de errores, BOJA nº 54, 16-03-2007).

maltrato, discriminación o agresiones que el alumnado pudiera sufrir, garantizando su seguridad y protección, así como la continuidad de su aprendizaje en las mejores condiciones. Tras su aprobación, se publica la Resolución de 26 de septiembre de 2007, de la Dirección General de Participación y Solidaridad en la Educación, por la que se acuerda dar publicidad a los protocolos de actuación que deben seguir los centros educativos ante supuestos de acoso escolar. Posteriormente, el Decreto 327/2010, de 13 de julio, (Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria) deroga (Disposición Derogatoria Única), los Títulos II y III del Decreto 19/2007, de 23 de enero, y la Orden de la Consejería de Educación de 18 de julio de 2007, por la que se regula el procedimiento para la elaboración y aprobación del plan de convivencia de los centros educativos sostenidos con fondos públicos.

Por todo ello, se hace preciso llevar a cabo un nuevo desarrollo normativo para la elaboración del plan de convivencia de los centros y la actualización de los protocolos de actuación que deben utilizarse ante supuestos de acoso escolar establecido en la ya citada Orden de 20 de junio de 2011⁸⁵. Esta Orden que, –como hemos señalado– también prevé el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas (artículo 15 y siguientes), tiene por objeto promover la convivencia en los centros docentes, estableciendo como eje central la elaboración, desarrollo y evaluación de Planes de Convivencia, de la mediación en la resolución de conflictos y del establecimiento de protocolos de actuación e intervención ante situaciones de acoso escolar, maltrato infantil, situaciones de violencia de género en el ámbito educativo, o agresiones al profesorado o al resto del personal de los centros docentes (artículo 1 a).

En consecuencia, el Plan de convivencia constituye un aspecto importante del Proyecto Educativo y entre sus objetivos, destacamos, que pretende facilitar a los órganos de gobierno y al profesorado instrumentos y recursos en relación con la promoción de

⁸⁵ Publicado en el BOJA n° 132, 07-07-2011. Nótese que lo Centros docentes concertados privados aplicarán lo establecido en la presente Orden, adecuándolo a sus características específicas de organización y funcionamiento y a la estructura de cargos directivos y de coordinación docente de que dispongan. (Disposición adicional segunda).

la cultura de paz, la prevención de la violencia y la mejora de la convivencia en el centro (artículo 3.2 a): facilitar la prevención, detección y eliminación de todas las manifestaciones de violencia, especialmente del acoso escolar (artículo 3.2 e), así como facilitar la mediación para la resolución pacífica de los conflictos (artículo 3.2 f).

En el contenido del Plan se incluyen entre otras medidas “aquellas específicas para promover la convivencia en el centro, fomentando el diálogo, la corresponsabilidad y la cultura de paz” (artículo 4 e); así como aquellas destinadas a “prevenir, detectar, mediar y resolver los conflictos que pudieran plantearse, entre las que se incluirán los compromisos de convivencia, a que se refiere el artículo 19. Por lo que ahora nos interesa, el artículo 4 f) reenvía al artículo 7 que se refiere expresamente a las actuaciones preventivas y que contribuyan a la detección de la conflictividad, entre otras se señalan *“actividades para la sensibilización frente a los casos de acoso e intimidación entre iguales, dirigidas a la comunidad educativa”*. Igualmente, el art. 4 f) prevé mediación en la resolución de los conflictos que pudieran plantearse, y reenvía su articulación a lo previsto en la Sección 2.^a de este capítulo que analizaremos con posterioridad.

El citado Plan prevé la creación de una Aula de convivencia (artículo 8) donde será atendido el alumnado que, como consecuencia de la imposición de una corrección o medida disciplinaria, se vea privado de su derecho a participar en el normal desarrollo de las actividades lectivas (artículo 8.4). Asimismo, el Plan prevé la creación de una Comisión de convivencia cuyas funciones se especifican en el artículo 6. Entre otras, cabe destacar la de canalizar las iniciativas de todos los sectores de la comunidad educativa para mejorar la convivencia y el respeto mutuo, así como promover la cultura de paz y la resolución pacífica de los conflictos; adoptar las medidas preventivas necesarias para garantizar los derechos de todos los miembros de la comunidad educativa y el cumplimiento de las normas de convivencia del centro; mediar en los conflictos planteados; conocer y valorar el cumplimiento efectivo de las correcciones y medidas disciplinarias en los términos que hayan sido impuestas; dar cuenta al pleno del Consejo Escolar, al menos dos veces a lo largo del curso, de las actuaciones realizadas y de las correcciones y medidas disciplinarias impuestas, así como realizar el seguimiento de los compromisos de convivencia suscritos en el centro.

Por su parte, el artículo 19 regula el denominado “*compromiso de convivencia*” y el artículo 20 el procedimiento para la suscripción de los compromisos educativos y de convivencia. De este modo, el compromiso de convivencia está indicado para el alumnado que presente problemas de conducta o de aceptación de las normas escolares y tiene por objeto establecer mecanismos de coordinación entre las familias y el profesorado y otros profesionales que atienden al alumno o alumna, así como colaborar en la aplicación de las medidas que se propongan, tanto en el tiempo escolar como extraescolar, para superar esta situación. El plan de convivencia concretará las situaciones en que podrá aplicarse esta medida, tratando siempre de potenciar el carácter preventivo de la misma y procurando que sirva para evitar situaciones de alteración de la convivencia o para prevenir su agravamiento.

El artículo 14 de la Orden de 20 de junio de 2011, en su Sección 3^a, relativa a los Protocolos de actuación viene a referirse a la actuación e intervención en los casos de acoso escolar, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 19/2007, de 23 de enero. Este Protocolo de actuación se recoge en el Anexo I. Lo reproducimos a continuación por resultar altamente estructurado y muy formativo.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN SUPUESTOS DE ACOSO ESCOLAR

Características del acoso escolar.

El acoso escolar es entendido como el maltrato psicológico, verbal o físico hacia un alumno o alumna producido por uno o más compañeros y compañeras de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado.

Es importante no confundir este fenómeno con agresiones esporádicas entre el alumnado y otras manifestaciones violentas que no suponen inferioridad de uno de los participantes en el suceso y que serán atendidas aplicando las medidas educativas que el centro tenga establecidas en su plan de convivencia y, en todo caso, de acuerdo con lo especificado en los Decretos 327/2010 y 328/2010, ambos de 13 de julio, por los que se aprueban los Reglamentos Orgánicos de los institutos de educación secundaria, y de las escuelas infantiles de segundo ciclo, los colegios de educación primaria, los colegios de educación infantil y primaria y los centros públicos específicos de educación especial.

El acoso escolar presenta las siguientes características:

- Intencionalidad. La agresión producida no constituye un hecho aislado y se dirige a una persona concreta con la intención de convertirla en víctima.
- Repetición. Se expresa en una acción agresiva que se repite en el tiempo y la víctima la sufre de forma continuada, generando en ella la expectativa de ser blanco de futuros ataques.
- Desequilibrio de poder. Se produce una desigualdad de poder físico, psicológico o social, que genera un desequilibrio de fuerzas en las relaciones interpersonales.
- Indefensión y personalización. El objetivo del maltrato suele ser un solo alumno o alumna, que es colocado de esta manera en una situación de indefensión.
- Componente colectivo o grupal. Normalmente no existe un solo agresor o agresora, sino varios.
- Observadores pasivos. Las situaciones de acoso normalmente son conocidas por terceras personas que no contribuyen suficientemente para que cese la agresión.

Tipos de acoso. La agresión y el acoso pueden adoptar distintas manifestaciones:

- Exclusión y marginación social.
- Agresión verbal.
- Vejaciones y humillaciones.
- Agresión física indirecta.
- Agresión física directa.
- Intimidación, amenazas, chantaje.
- Acoso a través de medios tecnológicos o ciber-acoso. Intimidación, difusión de insultos, amenazas o publicación de imágenes no deseadas a través del correo electrónico, páginas web o mensajes en teléfonos móviles.
- Acoso o agresión contra la libertad y orientación sexual.
- Acoso sexual o abuso sexual.

Consecuencias del acoso.

- Para la víctima: puede traducirse en fracaso escolar, trauma psicológico, riesgo físico, insatisfacción, ansiedad, infelicidad, problemas de personalidad y riesgo para su desarrollo equilibrado.
- Para el agresor o agresora: puede ser la antesala de una futura conducta antisocial, una práctica de obtención de poder basada en la agresión, que puede perpetuarse en la vida adulta e, incluso, una sobrevaloración del hecho violento como socialmente aceptable y recompensado.
- Para los compañeros y compañeras observadores: puede conducir a una actitud pasiva y complaciente o tolerante ante la injusticia y una percepción equivocada de valía personal.

PROTOCOLO

Paso 1. Identificación y comunicación de la situación

Cualquier miembro de la comunidad educativa que tenga conocimiento o sospechas de una situación de acoso sobre algún alumno o alumna, tiene la obligación de comunicarlo a un profesor o profesora, al tutor o tutora, a la persona responsable de la orientación en el centro o

al equipo directivo, según el caso y miembro de la comunidad educativa que tenga conocimiento de la situación. En cualquier caso, el receptor o receptora de la información siempre informará al director o directora o, en su ausencia, a un miembro del equipo directivo.

Paso 2. Actuaciones inmediatas

Tras esta comunicación, se reunirá el equipo directivo con el tutor o tutora de los alumnos o alumnas afectados y la persona o personas responsables de la orientación en el centro para recopilar información, analizarla y valorar la intervención que proceda.

La realización de esta reunión deberá registrarse por escrito, especificando la información recogida y las actuaciones acordadas.

En todos los casos en que se estime que pueda existir una situación de acoso escolar se informará del inicio del protocolo de actuación al Servicio Provincial de Inspección de Educación.

Paso 3. Medidas de urgencia

En caso de estimarse necesario, se adoptarán las medidas de urgencia que se requieran para proteger a la persona agredida y evitar las agresiones:

- Medidas que garanticen la inmediata seguridad del alumno o alumna acosada, así como medidas específicas de apoyo y ayuda.
- Medidas cautelares dirigidas al alumno o alumna acosador.

Paso 4. Traslado a las familias o responsables legales del alumnado

El tutor o tutora, o la persona o personas responsables de la orientación en el centro, previo conocimiento del equipo directivo, con la debida cautela y mediante entrevista, pondrán el caso en conocimiento de las familias o responsables legales del alumnado implicado, aportando información sobre la situación y sobre las medidas adoptadas.

Paso 5. Traslado al resto de profesionales que atienden al alumno o alumna acosado

El director o directora, con las debidas reservas de confidencialidad y protección de la intimidad de los menores afectados y la de sus familias o responsables legales, podrá informar de la situación al equipo docente del alumnado implicado. Si lo estima oportuno informará también al

resto del personal del centro y a otras instancias externas (sociales, sanitarias o judiciales, en función de la valoración inicial).

Paso 6. Recogida de información de distintas fuentes

Una vez adoptadas las oportunas medidas de urgencia, el equipo directivo recabará la información necesaria relativa al hecho de las diversas fuentes que se relacionan a continuación:

- Recopilación de la documentación existente sobre el alumnado afectado.
- Observación sistemática de los indicadores señalados: en espacios comunes del centro, en clase, o en actividades complementarias y extraescolares.
- Asimismo, la dirección del centro solicitará al departamento de orientación o al equipo de orientación educativa que, con la colaboración de la persona que ejerce la tutoría, complete la información. Esto se hará, según el caso, observando al alumnado afectado, contrastando opiniones con otros compañeros y compañeras, hablando con el alumnado afectado o entrevistando a las familias o responsables legales del alumnado. Si se estima conveniente, se completará la información con otras fuentes complementarias, tales como el personal de administración y servicios, o personal de los servicios sociales correspondientes.
- Una vez recogida toda la información, el director o directora del centro realizará un informe con los datos obtenidos, para lo que contrastará la información aportada por las diferentes fuentes.

En este proceso se deben considerar los siguientes aspectos:

- Garantizar la protección de los menores o las menores.
- Preservar su intimidad y la de sus familias o responsables legales.
- Actuar de manera inmediata.
- Generar un clima de confianza básica en los menores o las menores.
- Recoger todo tipo de pruebas e indicadores.
- No duplicar intervenciones y evitar dilaciones innecesarias.

Paso 7. Aplicación de correcciones y medidas disciplinarias

Una vez recogida y contrastada toda la información, se procederá por parte del director o directora del centro a la adopción de correcciones

a las conductas contrarias a la convivencia o de medidas disciplinarias al alumnado agresor implicado, en función de lo establecido en el plan de convivencia del centro, y, en cualquier caso, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo III del Título V de los Decretos 327/2010 y 328/2010, ambos de 13 de julio. Estas correcciones o medidas disciplinarias se registrarán según lo establecido en el artículo 12.1 de la presente Orden.

Paso 8. Comunicación a la comisión de convivencia

El director o directora del centro trasladará el informe realizado tras la recogida de información así como, en su caso, las medidas disciplinarias aplicadas, a la comisión de convivencia del centro.

Paso 9. Comunicación a la inspección educativa

El equipo directivo remitirá el informe al Servicio Provincial de Inspección de Educación, sin perjuicio de la comunicación inmediata del caso, tal como se establece en el Paso 2 de este protocolo.

Paso 10. Medidas y actuaciones a definir

El equipo directivo, con el asesoramiento de la persona o personas responsables de la orientación educativa en el centro, definirá un conjunto de medidas y actuaciones para cada caso concreto de acoso escolar. Asimismo, si se considera necesario, podrá contar con el asesoramiento del Gabinete Provincial de Asesoramiento sobre la Convivencia Escolar y de la inspección educativa.

Estas medidas y actuaciones se referirán, tanto a las que sean de aplicación en el centro y en el aula, como a las que sean de aplicación al alumnado en conflicto, que garanticen el tratamiento individualizado tanto de la víctima como de la persona o personas agresoras, incluyendo actuaciones específicas de sensibilización para el resto del alumnado así como para el alumnado observador. Todo ello, sin perjuicio de que se apliquen al alumnado acosador las medidas correctivas recogidas en el plan de convivencia.

Con carácter orientativo, se proponen las siguientes medidas y actuaciones para cada caso de acoso escolar:

- Actuaciones con la persona acosada: actuaciones de apoyo y protección expresa e indirecta, actividades de educación emocional y estrategias de atención y apoyo social, intervención individualizada por la persona orientadora para el aprendizaje y

desarrollo de habilidades sociales, de comunicación, autoestima y asertividad y derivación, si procede, a servicios de la Consejería competente en materia de protección de menores.

- Actuaciones con el alumnado agresor: aplicación de las correcciones correspondientes estipuladas en el plan de convivencia, actuaciones educativas en el aula de convivencia del centro, en su caso, o programas y estrategias específicos de modificación de conducta y ayuda personal, y derivación, si procede, a servicios de la Consejería competente en materia de protección de menores.
- Actuaciones con los compañeros y compañeras observadores pasivos: actuaciones de desarrollo de habilidades sociales, de comunicación, emocionales y de empatía, campañas de sensibilización así como actividades de mediación y de ayuda entre iguales.
- Actuaciones con las familias: orientaciones sobre cómo ayudar a sus hijos o hijas, sean víctimas o agresores, actuaciones para una mejor coordinación y comunicación sobre el proceso socio-educativo de sus hijos o hijas, información sobre posibles apoyos externos y seguimiento de los mismos, así como establecimiento de compromisos de convivencia.
- Actuaciones con el profesorado y el personal de administración y servicios: orientaciones sobre cómo intervenir positivamente en la situación y cómo hacer el seguimiento, orientaciones sobre indicadores de detección, así como actividades de formación específica.

La dirección del centro se responsabilizará de que se lleven a cabo las medidas y actuaciones previstas, informando periódicamente a la comisión de convivencia, a las familias o responsables legales del alumnado y al inspector o inspectora de referencia del grado del cumplimiento de las mismas y de la situación escolar del alumnado implicado.

Paso 11. Comunicación a las familias o responsables legales del alumnado

Se informará a las familias del alumnado implicado de las medidas y actuaciones de carácter individual, así como las medidas de carácter organizativo y preventivo propuestas para el grupo, nivel y centro educativo, observando en todo momento confidencialidad absoluta en el tratamiento del caso.

Paso 12. Seguimiento del caso por parte de la inspección educativa

El inspector o inspectora de referencia realizará un seguimiento de las medidas y actuaciones definidas y aplicadas, así como de la situación escolar del alumnado implicado.

Sin embargo, y a modo de reflexión, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015)⁸⁶ observa que, a veces, los colegios, aún contando con protocolos específicos, son reacios a ponerlos en marcha, por su reticencia a admitir que dentro del colegio pueda existir acoso escolar.

VI. LA MEDIACIÓN EN CONTEXTOS EDUCATIVOS COMO ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN

En líneas generales, la mediación ubicada dentro de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*), se presenta como un sistema complementario o alternativo en la resolución de conflictos. Su amplia proyección en distintos ámbitos del Derecho, –con esfuerzos importantes desde muchos sectores para su implementación–, ha revelado en la sociedad actual su necesidad y carácter imprescindible. Esto obedece, entre otras razones, a las múltiples ventajas que ofrece este sistema al resultar ser el recurso más idóneo para obtener soluciones comprometidas, con vocación de permanencia, al ser autogestionadas por las propias partes en conflicto.

En Septiembre de 2012 se publicaron unas directrices de Naciones Unidas para una mediación eficaz. En ellas, se define la mediación como “un proceso por el que un tercero ayuda a dos o más partes, con su consentimiento, a prevenir, gestionar o resolver un conflicto ayudándolos a alcanzar acuerdos mutuamente aceptables. La mediación se basa en la premisa de que, en el entorno adecuado, las partes en conflicto pueden mejorar sus relaciones y avanzar hacia la cooperación. Los resultados de un proceso de mediación pueden tener un alcance limitado, como cuando tratan una cuestión concreta para contener o gestionar un conflicto, o pueden abordar una gran variedad de cuestiones en un acuerdo de paz general”⁸⁷. En nuestro país, ya existe amplia legislación en mediación, particularmente en materia de familia⁸⁸ y en asuntos civiles y

⁸⁶ Vid. Memoria 2015 de la Fiscalía General del Estado (2015). Apartado 6.2.2.1 Referencia a delitos en particular. Letra g) Violencia en el ámbito escolar.

⁸⁷ Vid. Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz (p. 4) publicadas como Anexo del Informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución (A/66/811, 25 de junio de 2012).

⁸⁸ La mayoría de las CCAA han regulado la mediación familiar. ANDALUCÍA: Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar. Decreto de

mercantiles⁸⁹, por lo que su definición, principios y características están bien definidos; y aunque no referidos a la mediación en entornos educativos, ayudan para el conocimiento, desarrollo e implementación de esta nueva metodología.

En el ámbito escolar, la mediación se nos presenta, sin lugar a dudas, como un recurso útil y eficaz, particularmente, para la prevención y la resolución de conflictos cotidianos que puedan producirse entre miembros de la comunidad escolar (entre alumnos, alumnos y profesores, etc.). Los programas de mediación en centros escolares sirven para tratar los casos de violencia física o verbal, daños mora-

Andalucía 37/2012 de 21 de febrero, para aprobar Reglamento desarrollo de la Ley 1/2009 reguladora de la mediación familiar en la CA de Andalucía. ARAGÓN: Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar. Resolución de Aragón de 2 de abril de 2012 por el que establece la organización y funcionamiento de las competencias que tienen encomendadas en materia de mediación familiar intrajudicial. BALEARES. Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar. CANARIAS. Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003 de 8 de abril, de la Mediación Familiar y Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar. CANTABRIA. Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación. CASTILLA-LA MANCHA. Ley 4/2005, de 24 de mayo de 2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar. CASTILLA Y LEÓN. Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar. Decreto de Castilla y León 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley de mediación familiar de Castilla y León. CATALUÑA. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009. Ley Cataluña 25/2010, de 29 de julio, libro II del CC de Cataluña relativo a la persona y la familia. Resolución JUS/2896/2012, de 17 de diciembre, por el que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Catalunya. Orden JUS/428/2012, de 18 de diciembre, por la que se regulan contenidos básicos y el procedimiento de homologación de formación específica en materia de mediación. GALICIA. Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar. Decreto de Galicia 159/2003, de 31 de enero, por el que establece la regulación de la figura del Mediador familiar, el Registro de Mediadores familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita. MADRID. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar. PAÍS VASCO. Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar. ASTURIAS. Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. VALENCIA. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar. Ley de la Comunidad Valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia adolescencia de la Comunidad Valenciana. NAVARRA. Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia los padres.

⁸⁹ Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles y el Real Decreto 980/2013 por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, vigente desde 27 de Marzo de 2014 (BOE núm. 310 de 27 de Diciembre de 2013).

les o físicos causados a cualquier persona de la comunidad escolar, o a los materiales que componen el centro. Estos programas intentan tratar la violencia directa, la violencia visible. Ya sabemos que esta violencia es sólo la punta del iceberg, que existen otros dos tipos de violencia, no tan visibles pero que sustentan a la violencia directa, que habrían de ser tenidos en cuenta y tratados⁹⁰.

De una parte, desarrollar un programa de mediación, proporciona a la cultura escolar un beneficio que se aprecia como un enriquecimiento del clima de relaciones, un funcionamiento fluido de la organización y un bienestar que está previniendo la aparición de otros problemas de conflictividad como, por ejemplo, la violencia escolar.” ORTEGA y DEL REY⁹¹ apuntan que el hecho de que la mediación no deba ser utilizada para intervenir en episodios de violencia interpersonal, indisciplina y disrupción, no implica que no sea una buena estrategia para su prevención. De ahí que se destaque por su “componente preventivo y formativo”⁹².

Por otra parte, que la mediación posee un enorme componente y potencial educativo o pedagógico es opinión unánime en la doctrina⁹³.

⁹⁰ Vid. BINABURO ITURBIDE, J.A./MUÑOZ MAYA, B.: *Educación desde el conflicto. Guía para la mediación escolar*. Ed. Ceac, Barcelona, 2007, p. 148. Se recomienda la lectura de esta Guía se por resultar un manual útil, particularmente para el profesorado. Enlazar en: http://www.juntadeandalucia.es/educacion/portal/com/bin/convivencia/contenidos/Materiales/PublicacionesdeLaConsejeriadeEducacion/Binaburo/1180434404974_educardesdeelconflicto_reg_2x1x1x.jose.abinaburo.pdf

⁹¹ Vid. ORTEGA R./DEL REY, R.:La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia, *Revista Avances de Supervisión Educativa*, 2006, n° 2 enero 2006 http://adide.org/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=29

⁹² Vid. LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La educación en valores: Mediación y menores de edad”, en *Estado del arte de la mediación*. (GORJÓN GÓMEZ, F./LÓPEZ PELÁEZ, A. (Coords.) Aranzadi, 2013, p. 191.

⁹³ Vid. entre otros, CASTELLANO, E.: “Prevención de la violencia en los centros escolares: el mediador escolar como recurso” en *La mediación escolar: una estrategia para abordar el conflicto*. Ed. Graó. Barcelona, 2005, p. 22. PÉREZ MARTELL, R.: “El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”. *Diario La Ley*, N° 7978, Sección Doctrina, 4 Dic. 2012, (La LEY 18144/2012). VIANA ORTA, M^a I.: “Características de la mediación escolar en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas”, *Revista Cuestiones Pedagógicas*, n° 22, 2012/213, p. 378 y 394. pp. 377-394. GORBEÑA ETXEVARRÍA, L.: “La mediación en educación infantil y primaria”, en *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos*. (Coord. Sánchez-García Arista, M^a Luz). Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 107.

Supone un aprendizaje distinto para gestionar y abordar conflictos escolares de forma pacífica, al partir de una perspectiva distinta al “yo gano-tu pierdes”, para convertirla en la dinámica del “yo gano-tu ganas”. Asimismo, mejora la comunicación (diálogo constructivo), suaviza las emociones y procura una disminución del nivel tensión entre las partes y de la propia escalada del conflicto. Y es que, aunque el conflicto no puede evitarse, por ser consustancial al ser humano, sí es posible cambiar la percepción del mismo, esto es, gestionarlo creativa y constructivamente. Es un hecho constatado que esta nueva forma de abordarlo disminuye la conflictividad y facilita la búsqueda conjunta de las mejores respuestas posibles a las diferencias entre las partes, por lo que se revela como una oportunidad para mejorar y favorecer la comunicación y el mantenimiento de una relación sana y pacífica entre niños y adolescentes (pares).

La mediación escolar no es más que uno de los procesos y habilidades implicados en la definición de Educación en Resolución de Conflictos (ERC). El fin último de los distintos intentos de ERC es ayudar a las escuelas a transformar sus culturas haciendo que incluyan la búsqueda de soluciones pacíficas y cooperativas de los conflictos y disputas, solución de problemas en grupo, toma de decisiones compartidas, valoración de la diversidad, desarrollo del sentido de comunidad, etc.⁹⁴.

A este respecto, puede afirmarse que cuando en un Centro educativo se implementa un programa de mediación, son muchas las ventajas que pueden obtenerse, no solo en lo que a la prevención y resolución del conflicto se refiere, sino que con estos programas se potencia desde la escuela la cultura de la paz, la cultura del diálogo y de la negociación pacífica de las dificultades interpersonales. Como señala VILLAGRASA ALCAIDE, con este procedimiento se aprende el ejercicio democrático y responsable de los derechos⁹⁵. Es, en este contexto educativo, donde se debe posibilitar a los niños, adolescentes y jóvenes la adquisición de herramientas para la gestión construc-

⁹⁴ Vid. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA., Ramón. “La mediación escolar. Proceso colaborativo de la Educación en Resolución de conflictos”. Revista *Trabajo social hoy*. Primer semestre 2006. Monográfico, El trabajo social y la mediación, pp. 75 y 76.

⁹⁵ Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La mediación como medio de resolución de conflictos para menores de edad”, en *La capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid, Exlibris, p. 19.

tiva de conflictos y la mediación⁹⁶. Repárese que a pesar de que la mediación como proceso es una buena fórmula para mejorar de forma significativa la convivencia en las aulas, debemos tener en cuenta la implicación de toda la comunidad educativa en la implantación del proyecto y que lo haga desde múltiples aspectos educativos. Por tanto se debe tratar de un proyecto de centro⁹⁷.

En este contexto, ALZATE DE HEREDIA viene a referirse a los resultados concretos de la mediación escolar, citando dos estudios. En el primero de ellos, BURREL, ZIRBEL y ALLEN, tras analizar 43 estudios publicados entre 1985 y 2003, concluyen la importancia abrumadora del impacto de la presencia de programas de mediación. El menor cambio que encuentran es del 22% en el incremento de la autoestima y la disminución del 22% en la percepción por parte del profesorado del nivel del conflicto en la escuela. El resto de los datos presentan estos incrementos: 157% en la percepción positiva del clima escolar, 68% de disminución en el nivel de problemas comportamentales (reflejados en los registros escolares), aumento del 225% en los conocimientos del mediador, el 133% en el conocimiento de estrategias de resolución de conflictos, aumento del 103 en la visión positiva del conflicto, e incremento del 133% en el rendimiento académico.

En el segundo trabajo, JONES realiza un análisis extenso de los distintos resultados obtenidos sobre la eficacia de la ERC. De estos estudios puede concluirse que la investigación en los programas de mediación confirma, especialmente en Primaria, la mejora sustantiva en competencias sociales y emocionales por parte del mediador y la mejora tanto del clima en el aula como del clima escolar global. Este impacto es mucho menos evidente con los programas de mediación entre iguales en Secundaria y Bachillerato⁹⁸.

⁹⁶ Vid. SÁNCHEZ-GARCÍA ARISTA, M^a L.: "Mediación educativa contextualizada", en *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos*. (Coord. Sánchez-García Arista, M^a Luz). Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 21.

⁹⁷ La autora nos explica cómo se llevó a cabo la aplicación del Proyecto MEDES (2001), sobre la prevención de la violencia en los centros escolares. Proyecto de dimensión europea integrado dentro del Programa europeo de acción comunitaria DAPHNE. Vid. CASTELLANO, E.: "Prevención de la violencia en los centros escolares: el mediador escolar como recurso" en *La mediación escolar: una estrategia para abordar el conflicto*. Ed. Graó. Barcelona, 2005 p. 22.

⁹⁸ Vid. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA., Ramón. "La mediación escolar. Proceso colaborativo de la Educación en Resolución de conflictos". Revista *Trabajo social hoy*.

La mediación, es pues, un procedimiento estructurado y programado de diálogo asistido y gestionado por un tercero (mediador imparcial) que se sustenta en una serie de principios básicos aplicables a todo tipo de mediación, también a la mediación en el contexto educativo, y que responden a la propia filosofía de esta nueva metodología para abordar el conflicto y procurar establecer la cultura de la paz social.

Del cumplimiento de los siguientes parámetros dependerá el éxito del Programa de mediación:

- Voluntariedad de acogerse a la mediación y que incluye la libertad de desistir o abandonar en cualquier momento del procedimiento; por cualquier razón, o incluso, sin alegar razón alguna. Es recomendable que las mediaciones se realicen en momentos programados y espacios concretos.
- Confidencialidad que afecta a todas las partes intervinientes en el proceso y la privacidad de los estudiantes quede a salvo. Es una de las características esenciales de la mediación. Las personas en conflicto y el mediador tienen el compromiso de mantener y guardar secreto de todo lo que se diga durante el desarrollo de las sesiones conjuntas e individuales.
- Imparcialidad y neutralidad de la persona o personas mediadoras. El mediador no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto. Su papel es el de catalizador que dirige el proceso, pero no se involucra en el mismo, siendo neutral y procurando el equilibrio de las partes durante todo el desarrollo del procedimiento. El mediador tiene la responsabilidad de asistir a cada mediado y no puede favorecer los intereses de uno frente a los del otro, ni puede favorecer un resultado específico de la Mediación.
- Carácter personalísimo, que supone que las personas que toman parte en el proceso de mediación tienen que asistir personalmente a las sesiones de mediación, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios.
- Bilateralidad y buena fe (garantiza las mismas oportunidades para expresarse, respeto mutuo).

- Flexibilidad. Se adapta a las circunstancias concretas de las partes. Los participantes mantienen completa su capacidad de decisión y la posibilidad de oponerse a cualquier propuesta de acuerdo. Nada puede serle impuesto.
- Formación del mediador o equipo de mediación: se requiere el conocimiento y manejo de técnicas y habilidades comunicativas y de gestión de conflictos específicas para conducir a las partes. El mediador tiene un papel imparcial, no impone nada, sino que ayuda a las partes a comunicarse mejor y a pasar de la confrontación a la colaboración necesaria para conseguir acuerdos concretos que permitan satisfacer las necesidades e intereses de todas las personas implicadas en el conflicto⁹⁹. Particular atención nos merece la formación del mediador en lo que a los conflictos mediables se refiere. Como señalan ORTEGA y DEL REY “*si un mediador está bien formado debe detectar si el problema a mediar es un conflicto o no y, en el caso de que no lo sea, debería terminar el proceso de mediación. La cuestión es si los propios responsables del programa tienen exactamente clara la funcionalidad del propio programa*”¹⁰⁰. La mediación es un ejercicio de respeto, diálogo y de toma de decisiones conjuntas en el que se fomenta que las partes protagonistas del conflicto asuman su responsabilidad en el mismo¹⁰¹.

Pues bien, la acción pedagógica de la mediación en el ámbito educativo, –según PÉREZ MARTELL–, podría articularse sobre tres presupuestos: a) Formación para la convivencia, teniendo en cuenta que la regulación de ésta en los centros educativos tiene lugar mediante el reglamento interno y normas externas; b) Prevención de

⁹⁹ Los mediadores en el ámbito civil y mercantil están sujetos a un Código Ético para Mediadores, cuyos principios están establecidos en la Ley 5/2012, así como al Código Europeo de Conducta para Mediadores (European Code of Conduct for Mediators).

¹⁰⁰ Señalan las autoras que “utilizar la mediación para, por ejemplo, problemas de violencia interpersonal es un gran error”. Vid. ORTEGA R, DEL REY, R.: La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia, *Revista Avances de Supervisión Educativa*, 2006, nº 2 enero 2006 http://adide.org/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=29

¹⁰¹ GORBENA ETXEVARRÍA, L.: “La mediación en educación infantil y primaria”, en *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos*. (Coord. Sánchez-García Arista, M^a Luz). Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 107.

los conflictos, desde el plano de la prevención, impulsando la toma de conciencia y permitiendo detener el conflicto y reconducirlo, y c) Intervención frente al conflicto; de un lado, con la mediación, en los casos en los que sea posible aplicarla, –como una vía paralela a la solución de conflictos– que enfatiza la posibilidad de decidir por uno mismo cómo se quiere gestionar el problema y qué compromisos en este sentido se aceptan; en otro caso, cabe la posibilidad de que sea la vía judicial la única a la que podamos acudir por encontrarnos ante un delito¹⁰².

Desde este enfoque estratégico de prevención y gestión constructiva de los conflictos presentes en el ámbito educativo, casi todas las Comunidades Autónomas incluyen esta nueva metodología entre sus normas o Planes de convivencia recogiendo de forma expresa o más velada sus principios o características esenciales:

- En Andalucía, entre otra normativa, cabe destacar el Decreto 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de Paz y la Mejora de la Convivencia en los Centros Educativos sostenidos con fondos públicos¹⁰³. Tras su aprobación, la Resolución de 26 de septiembre de 2007, de la Dirección General de Participación y Solidaridad en la Educación, publica los protocolos de actuación que deben seguir los centros educativos ante supuestos de acoso escolar, agresión hacia el Profesorado o el Personal de Administración y Servicios, o maltrato infantil. Posteriormente, se publica Decreto 328/2010, de 13 de julio, y el Decreto 327/2010, de 13 de julio, que regulan los derechos y deberes del alumnado y la colaboración y participación de las familias, estableciendo la posibilidad de crear aulas de convivencia para el tratamiento individualizado del alumnado, y se regula la constitución y el funcionamiento de la Comisión de convivencia del Consejo Escolar, a fin de promover la cultura de paz y la resolución pacífica de los conflictos. El Decreto citado, que aprueba el Reglamento orgánico de los Institutos de

¹⁰² PÉREZ MARTELL, R.: “El bullying (acoso escolar y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”, *La Ley*, n° 7978, 2012, p. 5.

¹⁰³ Publicado en el BOJA n° 25, 02-02-2007. (Corrección de errores, BOJA n° 54, 16-03-2007).

Educación Secundaria atribuye como una de las competencias del Director del Centro la de garantizar la mediación en la resolución de conflictos¹⁰⁴. Una expresa inclusión y regulación de la mediación escolar, pero no hacen ninguna referencia expresa a sus características o principios esenciales, ni tampoco ofrecen una definición de la misma.

El nuevo desarrollo normativo del marco específico para la elaboración del Plan de convivencia de los centros y la actualización de los protocolos de actuación que deben utilizarse ante supuestos de acoso escolar está establecido en la Orden de 20 de junio de 2011¹⁰⁵, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas. El artículo 11 bajo la rúbrica “Necesidades de formación” señala que el plan de convivencia incluirá la programación de las necesidades de formación de la comunidad educativa en materia de convivencia escolar; en particular, se incluirán las necesidades de formación en esta materia de los miembros de la comisión de convivencia, del equipo directivo, del profesorado que ejerza la tutoría y de las personas que realicen en el centro funciones de mediación para la resolución pacífica de los conflictos (artículo 11.2). Y es la Sección 2ª bajo la rúbrica *Mediación en resolución de conflictos* la que regula el Procedimiento de mediación y los órganos competentes (artículo 13). A los efectos previstos en el artículo 4.f) el plan de convivencia del centro incluirá el procedimiento general para derivar un caso de conflicto hacia la mediación, estableciendo los casos derivables, los agentes que deben intervenir en la mediación, el tipo de compromisos a establecer y el procedimiento a seguir para su resolución y posterior seguimiento (artículo 13.2).

La Orden de 2011 no define la mediación, señala su carácter voluntario, pudiendo solicitarla todos los miembros

¹⁰⁴ Tras la aprobación del Decreto 327/2010, quedaron derogados los Títulos II y III del Decreto 19/2007.

¹⁰⁵ Publicado en el BOJA n° 132, 07-07-2011.

de la comunidad educativa que lo deseen, pero indicando expresamente que cuando el procedimiento de mediación afecte al alumnado, este procedimiento no eximirá del cumplimiento de las correcciones o medidas disciplinarias que puedan aplicarse por incumplimiento de las normas de convivencia (artículo 13.8).

Destaca el artículo 4 apartados g) y f)g) las funciones de los delegados y de las delegadas del alumnado en la mediación para la resolución pacífica de los conflictos que pudieran presentarse entre el alumnado, promoviendo su colaboración con el tutor o la tutora del grupo; así como las funciones de los delegados o de las delegadas de los padres y madres del alumnado, entre las que se incluirá la de mediación en la resolución pacífica de conflictos entre el propio alumnado o entre éste y cualquier miembro de la comunidad educativa.

- En Aragón, se ha citado el Decreto 73/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios de la Comunidad de Aragón¹⁰⁶ que hace referencia expresa a la mediación y la define “*una forma de resolución de conflictos en la que se ayuda a las partes implicadas a alcanzar por sí mismas un acuerdo satisfactorio mediante la intervención imparcial de una tercera persona*” (art. 49.1) como sistema habitual y preferente de resolución de conflictos.
- En Asturias, el Decreto 249/2007, de 26 de septiembre, por el que se regulan los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos del Principado de Asturias, regula la mediación como proceso educativo de gestión de conflictos en sus artículos 29 y siguientes¹⁰⁷ señalando como principios su carácter personalísimo, la voluntariedad, imparcialidad y confidencialidad (artículo 30).
- En Baleares, se aprueba el Decreto 121/2010, de 10 de diciembre, por el que se establecen los derechos y los deberes de los

¹⁰⁶ Publicado en el BOA n^o 68, 05-04-2011.

¹⁰⁷ Publicado en el BOPA n^o 246, 22-10-2007.

alumnos y las normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de las Illes Balears. En su articulado, el artículo 34.1 define la mediación escolar como *“una estrategia de resolución de conflictos mediante la intervención de una tercera persona, imparcial y con formación específica, con el objeto de ayudar a las partes a obtener por ellas mismas un acuerdo satisfactorio”* (BOIP n° 187, 23-12-2010).

- En Canarias, en el Decreto 114/2011, de 11 de mayo, por el que se regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Canarias, se define la mediación escolar en su artículo 2.g) como *“un procedimiento para gestionar conflictos. Se basa en el diálogo a través de un encuentro voluntario entre las partes implicadas y la persona mediadora, quien siendo ajena al conflicto y actuando de forma imparcial les ayuda a comunicarse. El objetivo es que las partes encuentren y decidan de común acuerdo la manera de solucionar el problema que les mantenía en conflicto. El acuerdo alcanzado debe ser satisfactorio para ambas partes”*¹⁰⁸.
- En Cantabria, el Decreto 53/2009, de 25 de junio, que regula la convivencia escolar y los derechos y deberes de la comunidad educativa en la Comunidad Autónoma de Cantabria aborda la mediación en sus artículos 40 y siguientes como un proceso educativo para prevenir, mediar y resolver, de forma pacífica los conflictos que puedan plantearse en el centro entre los distintos miembros de la comunidad educativa; estableciendo los principios de libertad y voluntariedad, imparcialidad y confidencialidad (art 41)¹⁰⁹.
- En Castilla-La Mancha, el Decreto 3/2008, de 8 de enero, de la Convivencia Escolar en Castilla-La Mancha¹¹⁰ regula la mediación escolar en los artículos 8 y siguientes, estableciendo los principios de libertad y la voluntariedad para acogerse o no a la mediación y para desistir de ella en cualquier momento del proceso; la imparcialidad de la persona mediadora; el compromiso de confidencialidad del proceso, el carácter personal que tiene el proceso de mediación,

¹⁰⁸ Publicado en el BOC n° 108, 02-06-2011.

¹⁰⁹ Publicado en el BOC n° 127, 03-07-2009.

¹¹⁰ Publicado en el DOCM n° 9, 11-01-2008.

- sin que pueda existir la posibilidad de sustituir a las personas implicadas por representantes o intermediarios.
- En Castilla y León, se ha de destacar el Decreto 51/2007, de 17 de mayo, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y se establecen las normas de convivencia y disciplina en los centros educativos de Castilla y León¹¹¹. Los artículos 41 y siguientes regulan la mediación escolar, como procedimiento basado en el diálogo y la imparcialidad (artículo 41 b), así como los acuerdos de reeducación formales y escritos entre el centro, el alumno y sus padres o tutores legales, como medidas para gestionar y solucionar los conflictos surgidos por la conducta perturbadora de un alumno. Entre las características del proceso se señala su carácter voluntario (artículo 41 a) y la confidencialidad (artículo 43 b).
 - En Cataluña, el Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña establece en su artículo 24 como características de la mediación escolar la voluntariedad (las partes son libres de acogerse o no a la mediación), y también de desistir de ella en cualquier momento del proceso; la imparcialidad, la confidencialidad y el carácter personalísimo¹¹².
 - En Valencia, el Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell¹¹³, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos

¹¹¹ Publicado en BO Castilla y León N° 99, 23-05-2007. También pueden consultarse la Orden EDU/1921/2007, de 27 de noviembre, por el que se establecen medidas y actuaciones para la promoción y mejora de la convivencia en los centros educativos de Castilla y León (BO n° 234, 03-12-2007) y la Resolución de 7 de mayo, de 2007, de la Dirección General de Coordinación, Inspección y Programas Educativos, por la que se implanta la figura del coordinador de convivencia en centros docentes de Castilla y León a partir del curso 2007-2008 (BO n° 93, 15-05-2007).

¹¹² Publicado en el DOGC n° 4670, 06-07-2006. Otra normativa a tener en cuenta es la Ley 21/2003, de 4 de julio, de fomento de la paz (DOGC n°1 189, 08-08-2003); Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación (DOGC n° 5422, 16-07-2009); Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (DOGC n° 5641, 02-06-2010). Así como el más reciente Decreto 102/2010, de 3 de agosto, de autonomía de los centros educativos (DOGC n° 5686, 05-08-2010).

¹¹³ Publicado en el DOCV n° 5738, 09-04-2008.

y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios define la mediación en su artículo 7 como procedimiento de resolución de conflictos que fomenta la participación democrática en el proceso de aprendizaje, posibilitando una solución del conflicto asumida y desarrollada con el compromiso de las partes. Recientemente, la Orden de 1 de agosto de 2014,¹¹⁴ actualiza la normativa que regula los planes de convivencia en los centros educativos valencianos. Concretamente, se detallan las estrategias a seguir contra el acoso escolar ('bullying'), el ciberacoso, el maltrato infantil, la violencia de género, las agresiones al profesorado, sobre el registro de las incidencias, el establecimiento de medidas educativas correctoras, la apertura de expedientes disciplinarios, el protocolo ante alteraciones graves de la convivencia y el protocolo de coordinación con unidades de intervención. Entre la oferta permanente de formación para los docentes se aborda la resolución de conflictos en el aula, la mediación escolar o las estrategias y procedimientos para mejorar la convivencia.

- En Extremadura, el Decreto 50/2007, de 20 de marzo, establece los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la comunidad autónoma de Extremadura. Su art. 56 regula las actuaciones de mediación incluidas en el procedimiento conciliado (conciliación).
- En Galicia, la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa establece en su artículo 4 el derecho de los profesores a recibir formación necesaria en atención a la diversidad y en la conflictividad escolar y en experiencias pedagógicas de innovación educativa relacionadas con la convivencia y la mediación. Paralelamente el artículo 10 señala que el proyecto educativo de cada centro docente ha de incluir un plan de convivencia que integrará principios como el de igualdad (...) incluyendo la mediación en la gestión de conflictos. Contempla la mediación incluida dentro del procedimiento conciliado (artículo 20).

¹¹⁴ Publicado en el DOCV de 1 de agosto de 2014.

- En la Rioja, el Decreto 4/2009, de 23 de enero, por el que se regula la convivencia en los centros docentes y se establecen los derechos y deberes de sus miembros, –que solo menciona en su artículo 6 la mediación, sin señalar sus principios y características–, y la Orden 26/2009, de 8 de septiembre, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se regula el procedimiento para la elaboración y aprobación del Plan de Convivencia de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- En Navarra, el Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto, de derechos y deberes del alumnado y de la convivencia en los centros educativos no universitarios públicos y privados concertados de la Comunidad Foral de Navarra, afirma en su artículo 4 el derecho de los alumnos a la utilización de distintos medios de conciliación y mediación como método educativo para la resolución en conflictos; y la Orden Foral 204/2010, de 16 de diciembre, del Consejero de Educación, por la que se regula la convivencia en los centros educativos no universitarios públicos y privados concertados de la Comunidad Foral de Navarra alude a la voluntariedad de estos en su artículo 20.1.
- En el País Vasco, el Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere a la conciliación reguladora de la convivencia escolar, señalando que ésta supone el reconocimiento por parte del alumno, de las consecuencias contrarias o gravemente perjudiciales para la convivencia en el centro que se originen de su conducta y, en concreto de la lesión a los demás miembros de la comunidad educativa, presentación de disculpas o excusas, aceptación por la persona ofendida o, en su caso, por el órgano correspondiente del Centro, realización de alguna actividad educativa, y en su caso reparación del daño causado, material o moral, o compromiso fehaciente de repararlo.

En otro orden de cosas, la mediación en el ámbito escolar se estructura a través de la creación, –dentro del propio centro educativo–, de un equipo mediador, cuya composición puede variar: puede estar constituido por personas mediadoras provenientes del alumnado, personas mediadoras procedentes del profesorado, e incluso per-

sonas mediadoras provenientes del personal no docente, que pueden trabajar individualmente o de forma colegiada, pero en todos los casos se requiere una formación específica en resolución de conflictos. Sobre las características que debería tener el mediador escolar, se aceptan entre otras las siguientes: capacidad para analizar situaciones conflictivas que puedan ser ambivalentes y complejas, confianza en que las partes son capaces de resolver sus propios conflictos, capacidad para evaluar debilidades y fortalezas en los involucrados en el conflicto, capacidad de escucha y observación, habilidad para ocupar un lugar imparcial y neutral respecto de las partes en conflicto, disposición cooperativa y creativa para ayudar a las partes a lograr un acuerdo¹¹⁵.

Particular atención nos merece, señalar que con la finalidad de atender en sus inicios las situaciones de *bullying*, una estrategia es la formación en técnicas de mediación a alumnos mayores del Centro. Algunas investigaciones ponen de manifiesto que *“los alumnos mediadores, incluso cuando su comportamiento haya sido disruptivo, son capaces de generar un clima de confianza teñido de dignidad al espacio de mediación. Los alumnos que voluntariamente acuden a mediación buscando ayuda es porque realmente desean resolver sus conflictos llegando a acuerdos sin acudir a la pelea o a la ruptura. Este cambio desde actitudes impulsivas que implican agresiones verbales y/o físicas, hasta otras de colaboración, incluso de compromiso, les genera no sólo sentimientos de bienestar, sino también de seguridad”*¹¹⁶. A nuestro entender, en el marco escolar, se nos revela como altamente positivo un programa de mediación entre compañeros/as en el que los alumnos actúan como mediadores. En este sentido, el 1 de abril de 2014 fue presentado por CECE en Madrid el proyecto *“BeatBullying-mentors”*, ya en funcionamiento en siete países europeos, que pretende *formar a jóvenes como mediadores* de los conflictos que se dan en las aulas. Cuenta con una plataforma “online” que ofrece apoyo especializado en el área del acoso escolar y gestión de conflictos. Se trata de una propuesta de la fundación británica

¹¹⁵ PÉREZ MARTELL, R.: “El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”. *Diario La Ley*, N° 7978, Sección Doctrina, 4 Dic. 2012, (La LEY 18144/2012).

¹¹⁶ SÁNCHEZ-GARCÍA ARISTA, Mª L.: “Mediación educativa contextualizada”, en *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos*. (Coord. Sánchez-García Arista, Mª Luz). Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 21.

BeatBullying y financiada por la Unión Europea a través de su programa Daphne.

Ya en lo que se refiere al desarrollo del proceso de mediación escolar no dista mucho del que se sigue en otros ámbitos. Ha de ser un proceso estructurado en unas fases o etapas específicas y dinámicas (no estáticas ni lineales) que pasan entre otras, por la información incorporando los pasos básicos de orientación, detección e identificación del problema, inventariar opciones para la resolución del conflicto, negociación, acuerdos por escrito y cierre¹¹⁷. Finalmente, solo hay que destacar algunas de las técnicas más recomendables que el mediador deberá poner en acción, con la finalidad de alcanzar el deseable acuerdo:

- La escucha activa o también llamada “parafrasear” es de gran utilidad y consiste en que el mediador resume lo que ha dicho una de las partes recogiendo al mismo tiempo en dicho resumen el modo en que se siente la misma. Al recoger no solamente los hechos sino también los sentimientos de la parte que acompañan a su relato, el mediador demuestra que entiende la situación que explica esta parte; La escucha activa es una manera de atender no solo el lenguaje verbal sino también el “no verbal”, las percepciones y las emociones de la otra parte. Trata de clarificar, reformular y reencuadrar

¹¹⁷ Para PÉREZ MARTELL, las etapas de un programa de mediación escolar podrían ser: Etapa 1: informar a quienes interviene: establecer con las partes una relación de confianza y credibilidad, informar a las partes sobre las características del proceso de la mediación, el rol de mediador y las reglas generales del proceso, obtener el compromiso de las partes para la iniciación del proceso de la mediación. Etapa 2: definir el problema: reunir datos: permitir que cada una de las personas describa el conflicto como lo ve y escuche los requerimientos del otro, identificación de los problemas, explorar objetivos e intereses de cada parte. Etapa 3: evaluar el problema: el mediador analiza los datos obtenidos revisando sus notas a fin de identificar el conflicto y elaborar una estrategia exitosa de abordaje, el mediador colabora con la creación de opciones y la elaboración de alternativas para la resolución del conflicto. Etapa 4: resolución del problema: el acuerdo: plantear intereses comunes y áreas de acuerdo que se han identificado; discusión y selección de opciones claras que satisfagan a ambas partes; redacción de un acuerdo donde se establezcan claramente las obligaciones de cada una de las partes; establecer una manera de hacer un seguimiento del acuerdo; en caso de no haber acuerdo posible, se agradece la participación en el proceso de la mediación y se invita a las partes a acceder a una instancia superior en la resolución de conflictos. Vid. PÉREZ MARTELL, R.: “El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”. *Diario La Ley*, N^o 7978, Sección Doctrina, 4 Dic. 2012, (La LEY 18144/2012).

- (presentar una nueva visión que da un significado diferente del conflicto, abriendo la vía hacia el acuerdo).
- El método interrogativo (“preguntar”) como herramienta para descubrir los intereses y necesidades de las partes. Las “preguntas” resultan ser una técnica eficaz para guiar el proceso; pero también es función del mediador crear un ambiente seguro para la comunicación y el diálogo que, pueden verse entorpecidos, en aquellas situaciones, como puede ocurrir en los casos de acoso escolar, en las que el “desequilibrio de poder” entre las partes es muy elevado.
 - El reconocimiento de las emociones y sentimientos enraizados en la evolución del conflicto. La intervención del mediador en el desarrollo del proceso ha de ir dirigida a atender primero las emociones, luego controlarlas y después continuar con la sesión.
 - El pensamiento constructivo y la “lluvia de ideas” como métodos creativos de generar distintas opciones para resolver los conflictos.

Los programas de mediación existentes en este contexto ponen el acento en la mediación entre iguales, implementándose en función de las características de cada nivel educativo y del grado de madurez de los alumnos. Con frecuencia, las mediaciones en las escuelas primarias se realizan en forma espontánea, no programadas, durante los recreos o almuerzos y se suelen basar en reglas sencillas, de fácil cumplimiento:

1. Identificación del problema.
2. Concentrarse en el problema.
3. Atacar el problema, no las personas.
4. Escuchar sin interrumpir (“escucha activa”).
5. Fomentar la mutua empatía respecto de los sentimientos de “la otra persona”.
6. Fomentar la corresponsabilidad en el seguimiento de la mediación.
7. Establecimiento de un código de conductas prohibidas, que debe ser respetado por ambas partes. Por ejemplo: agredir, burlarse, culpar, no escuchar, vengarse, interrumpir sin motivo.

No obstante, y aún vistas las ventajas de este procedimiento, debemos reparar en una cuestión fundamental que adelantábamos anteriormente. La mediación a la que nos referimos requiere que exista igualdad entre las partes y como se ha visto, el acoso escolar o el maltrato entre iguales supone el establecimiento de una “*relación desigual en la que uno de los sujetos no está en condiciones de hacer valer sus derechos y por lo tanto se sitúa en un plano de inferioridad*”¹¹⁸. Por todos es sabido que cuando existe desequilibrio de poder entre las partes no es aconsejable llevar a cabo un procedimiento de mediación, por lo que cuando la situación de acoso ya ha alcanzado un determinado nivel no es posible llevarlo a cabo, pues supondría situar al mismo nivel de derechos y obligaciones a dos personas que, a priori, ya no están en las mismas condiciones.

De “gran error” lo califican ORTEGA y DEL REY¹¹⁹. Estos autores nos recuerdan que la violencia interpersonal (acoso escolar) significa un abuso de poder real o simbólico del agresor a la víctima, situación que impide trabajar con el principio de reciprocidad psicológica en que se basa la mediación; es decir, no se debe colocar en igualdad de condiciones a dos personas que se encuentran en situaciones tan diferentes por la relación que ellas mantienen. De esta manera, la víctima no percibe al agresor como igual, ni ésta a aquélla; pues no existe una simetría entre ellos y las circunstancias en las que se encuentra la víctima, como el sentimiento de indefensión, miedo a que se conozca lo que le sucede, sentimiento de culpabilidad, etc., no le facilitan ser lo suficientemente asertiva para participar en un proceso de mediación con su agresor. Por otro lado, el agresor no percibe su responsabilidad ante las condiciones de la víctima, no siente la necesidad de que la situación acabe y, desde luego, no percibe a la víctima como alguien que tiene los mismos derechos que él. En parecido sentido, BINABURO ITURBIDE y MUÑOZ MAYA¹²⁰ señalan que la media-

¹¹⁸ Vid. Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía sobre la gestión realizada durante 2013. (Educación) Apartado 2. 1. 4. 1. Alumnado: Convivencia en los centros escolares, pp. 71 a 75.

¹¹⁹ Vid. ORTEGA R, DEL REY, R.: La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia, *Revista Avances de Supervisión Educativa*, 2006, n° 2 enero 2006. http://adide.org/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=29 Señalan las autoras que “utilizar la mediación para, por ejemplo, problemas de violencia interpersonal es un gran error”.

¹²⁰ Vid. BINABURO ITURBIDE/ J.A. MUÑOZ MAYA, B.: *Educación desde el conflicto. Guía para la mediación escolar*. Ed. Ceac, Barcelona, 2007, p. 238. Enlazar en: <http://>

ción está indicada en situaciones de conflicto pertinaz y crítico, pero nunca en casos de violencia, abuso, maltratos, acoso, hostigamiento o persecución de unos hacia otros, en los que se conozca con total evidencia que ésta existe. Para que los conflictos en los que existe una gran diferencia de poder sean mediables es necesario que desaparezca la misma, proceso que lleva tiempo. Es decir, conflictos que, en principio, no son mediables pueden llegar a serlo si cambian las circunstancias que no los hacían aptos para tratar mediante mediación.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DEL ACOSO ESCOLAR

I. INTRODUCCIÓN

Las actuaciones de prevención e intervención a las que se ha hecho referencia en el Capítulo anterior, parten de la consideración de que las agresiones entre alumnos no son un problema que afecta sólo a las partes directamente implicadas, sino que las respuestas al conflicto, deben ir dirigidas a todos los posibles involucrados, es decir a los protagonistas –víctimas y agresores–, y al resto del alumnado y adultos (padres, profesores y demás personal del Centro educativo). Es cierto que, una reflexión seria y detenida sobre la problemática del acoso escolar y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico penal, excedería los límites de este trabajo, por ello nos vamos a limitar a examinar sus elementos o presupuestos identificadores, y los tipos penales en los que, con mayor frecuencia, estos comportamientos violentos pueden encontrar una adecuada ubicación.

En relación a los múltiples factores caracterizadores del acoso a menores, la Resolución de 26 de septiembre de 2007, de la Dirección General de Participación y Solidaridad en la Educación, por la que se acuerda dar publicidad a la protocolos de actuación que deben seguir los centros educativos ante supuestos de acoso escolar, agresión hacia el profesorado o al Personal de Administración y Servicios, o maltrato infantil, enumera los siguientes:

- a) La existencia de conductas violentas de diversa naturaleza (amenazas, coacciones, burlas, agresiones físicas o psicológicas directas e indirectas, intimidaciones, insultos, vejaciones, rumores infundados, comportamientos de exclusión y

bloqueo social, extorsiones, chantajes, etc.) que presentan un carácter persistente, y que pueden llegar a convertirse en una forma habitual de actuar, haciendo de la dominación y el poder un estilo normalizado en sus relaciones interpersonales que busca la denigración y la exclusión de las víctimas¹²¹. El número de casos de amenazas con armas y acoso sexual es muy escaso. No obstante, un reciente estudio analiza el fenómeno del acoso sexual entre adolescentes y sus resultados han señalado una alta prevalencia de implicación en acoso sexual durante la adolescencia, en chicos y en chicas, aunque con diferencias, siendo que los chicos afirmaron estar más implicados en victimización y agresión¹²².

- b) La presencia de varios agresores que, bajo la dirección de uno o varios líderes, integran un grupo, intensificando con ello la necesidad imperiosa de dominio y favoreciendo distorsiones cognitivas o emocionales en sus miembros (percepción absolutista, despersonalización, difuminación de la responsabilidad individual, o culpabilización de la víctima, entre otros), dada la naturaleza claramente perturbadora del grupo en el que se integran. Como norma general, –afirma MIR PUIG–, el carácter grupal de la agresión escolar contrasta con la condición individual de la víctima¹²³.
- c) El silencio o la pasividad de las personas que integran el contexto educativo, –alumnos, docentes–, que conocen o debieran conocer estas situaciones de vejación y exclusión,

¹²¹ Las formas de producción del acoso son muy numerosas y heterogéneas. Al respecto, Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J.: “El acoso escolar. Un apunte victimológico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-03, 2007, p. 2.

¹²² El segundo objetivo de la investigación estaba dirigido al análisis de la prevalencia del acoso sexual entre iguales. En este sentido, los resultados apuntaron índices superiores de victimización que de agresión, así como una mayor participación de los chicos que de las chicas en ambos fenómenos. En este estudio participaron tres mil cuatrocientos ochenta y nueve (N= 3.489) estudiantes del segundo ciclo de Educación Secundaria Obligatoria (E.S.O.) y Bachillerato de Centros de Enseñanza Secundaria de las ocho provincias de Andalucía (España) participaron en el estudio (chicas 51,1% y chicos 48,9%). El rango de edad fue de entre 12 y 18 años (edad media =16,85; DT =1,24). Vid. VEGA-GEA, E. ORTEGA, R. SÁNCHEZ, V. “Acoso sexual en adolescentes: dimensiones de la Escala de Acoso Sexual en chicos y chicas”. *International Journal of Clinical and Health Psychology* (2016) 1, 47–57, especialmente pp. 49 y 55.

¹²³ MIR PUIG, C.: “Acoso escolar”, en *El acoso escolar: una lectura victimológica de la legislación penal*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 94, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

y que no hacen por evitarlo¹²⁴. Los factores explicativos de esta denominada “conspiración del silencio” suelen ser plurales: la indiferencia, la falta de confianza en los recursos institucionales, y el temor a sufrir represalias, entre otros, refuerzan el actuar de los agresores e incrementan la situación de debilidad y de vulnerabilidad de las víctimas. Especialmente significativo en este punto, es el artículo 13 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que impone la obligación a los docentes y responsables de Centros Educativos de prestar a todos los alumnos el auxilio inmediato que precisen, comunicando a las autoridades o sus agentes las situaciones de riesgo que afecten a un menor¹²⁵.

En la mayoría de las ocasiones, la conducta de los agresores está regida por la idea de dominio y poder, de intimidación permanente, justificando estos comportamientos como estrategia reactiva ante las provocaciones de la víctima¹²⁶. Su escasa tolerancia a la frustración, débil habilidad social, impulsividad, dificultad para cumplir las normas y la hostilidad hacia las figuras de autoridad, explican su identificación con un modelo conductual estructurado en torno a la idea de dominio y de sumisión del otro¹²⁷.

Los expertos en la materia coinciden en que la elección de la víctima puede obedecer a factores de naturaleza personal, –inseguridad, debilidad, sumisión, baja autoestima–; contextual, –dificultades de aprendizaje o de expresión–; relacionados a su condición sexual, –homosexualidad–, o grupal, –pertenencia a minorías étnicas o co-

¹²⁴ Algunos autores hablan de un “contagio social” que inhibe la ayuda e incluso fomenta la participación en los actos intimidatorios. Sobre ello, Vid. OLWEUS, D.: *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*, Madrid, 1998.

¹²⁵ Sobre esta cuestión, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007, se destacan avances significativos en el tratamiento de los casos de acoso escolar, especialmente en cuanto a la implicación que los centros docentes están teniendo en la búsqueda de soluciones y en la protección de los menores que aparecen como víctimas de estos delitos.

¹²⁶ Con carácter general, los varones siempre tienen mayor participación en los casos de maltrato; además, estos suelen ser compañeros de curso, o tener una edad ligeramente superior a la de las víctimas.

¹²⁷ También es habitual entre la doctrina distinguir en el círculo de agresores a los acosadores directos, a los instigadores o inductores, y los llamados espectadores de la violencia.

lectivos marginales—. Con frecuencia, la situación de desventaja social de un número importante de alumnos, por su pertenencia a la población inmigrante, supone una dificultad añadida, lo que repercute en su proceso de aprendizaje, en la comunicación con el resto de alumnos y profesores, y en su desarrollo personal¹²⁸. Ser percibido como diferente favorece ser destinatario de la violencia escolar, al alimentar dinámicas de venganza en las que la violencia trata de difuminar los elementos que individualizan y caracterizan a la víctima.

Así las cosas, los devastadores efectos del acoso en la víctima, —caracterizado por la asimetría de fuerzas entre quienes agreden y son agredidos—, se hacen patentes al cabo del tiempo de muy diversos modos: sentimientos de angustia, ansiedad, temor, situaciones de desprecio y ridiculización, de total indefensión y desamparo, absentismo, fracaso escolar, y en casos extremos, trastornos depresivos que pueden desembocar en prácticas autodestructivas a nivel afectivo, emocional y familiar. Las víctimas del hostigamiento padecen una injerencia arbitraria en su espacio vital que menoscaba su libertad personal, y hacen una lectura del entorno vital en clave notoriamente negativa¹²⁹. En este sentido, se puede afirmar que, cualquier persona, —máxime si es un menor de edad que se encuentra inmerso en un proceso de formación de la propia personalidad—, puede sufrir un daño significativo si el grupo que le rodea le muestra una imagen limitada, degradante o despreciable de sí misma.

II. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LAS CONDUCTAS DE ACOSO

Aunque no es un fenómeno nuevo ni aislado, la lucha contra el acoso escolar es un imperativo derivado del reconocimiento de los derechos humanos y, en concreto, del respeto a la dignidad de la persona como clave de bóveda del Estado de Derecho. En esta línea, debe recordarse que los menores, por definición, son víctimas espe-

¹²⁸ Según el barómetro del CIS, el origen de los alumnos extranjeros escolarizados en centros españoles, y objeto en ocasiones, de estos comportamientos violentos, procede mayoritariamente de América del Sur, y de África, aunque en algunos casos también supone un importante porcentaje el alumnado procedente de la Unión Europea y del resto de Europa.

¹²⁹ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.: *Superar un trauma*, Pirámide, Madrid, 2004, p. 138.

cialmente vulnerables de delitos en el ámbito escolar, en la medida en que tienen limitada su capacidad de autoprotección y de respuesta física y psicológica a la agresión.

En lo que a la víctima se refiere, no existe un perfil específico de la misma, aunque según revelan algunas investigaciones el riesgo de convertirse en víctima es mayor cuando existe sobreprotección por parte de los padres¹³⁰. También se afirma que los niños que pertenecen a familias socialmente aisladas, o que viven en un ambiente familiar conflictivo, son más propensos a padecerlo.

De forma paralela, señala ROJAS MARCOS que las víctimas habituales de enañamiento son muchachos y muchachas pacíficos, tímidos, introvertidos y, sobre todo, vulnerables. Con frecuencia, muestran aspectos físicos, actitudes o hábitos diferentes a los de la mayoría de la clase¹³¹. Sobre el particular, cabe significar, a efectos de una eventual responsabilidad, que el hecho de que la menor víctima de acoso sea un tanto tímida, cohibida, discreta o retraída o con más o menos dificultades de integración social y escolar, no solo no limita la responsabilidad del Colegio, sino que la agrava; pues como pone de manifiesto la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 18 marzo de 2016, “precisamente su carácter y vulnerabilidad exigen un especial deber de vigilancia sobre su entorno académico y sobre su relación con sus compañeras de clase por parte de profesores y tutores”.

Muy estrechamente relacionado con este fenómeno, se ha de señalar que la *victimización previa* del menor es un factor de riesgo tanto en *bullying* tradicional como en *cyberbullying*¹³². Así se refleja en la

¹³⁰ Vid. MARTÍNEZ AMORÓS, S.: “La vulnerabilidad del menor en las aulas escolares. Construyendo una escuela segura”, en *Vulnerabilidad infantil: Un enfoque multidisciplinar*. (Dir. RODES LLORET F./ MONERA OLMOS C.E./ PASTOR BRAVO, M. Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2010, p. 119.

¹³¹ Vid. ROJAS MARCOS, L.: “Los estragos del acoso escolar”. *El País* 2 de abril de 2005. Enlazar en http://elpais.com/diario/2005/04/02/opinion/1112392807_850215.html (Fecha de consulta 20 de abril 2014). Vid. también Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 18 de marzo de 2016, al afirmar que: “(...) precisamente su carácter y vulnerabilidad exigen un especial deber de vigilancia sobre su entorno académico y sobre su relación con sus compañeras de clase por parte de profesores y tutores”.

¹³² Vid. DEL REY, R./ FELIPE, P. y ORTEGA-RUÍZ, Rosario en “Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence”. Ob. cit., pp. 608-613.

Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de enero de 2015, cuando afirma que existe objetivación médica de que el menor acosado fue objeto de hostigamiento en el IES “Batalla de Clavijo” durante todo el curso 2012 y 2013. Como consecuencia de estas conductas padece un cuadro de trastorno ansioso-depresivo (informes médicos y psicológicos del Instituto de Medicina legal de la Rioja). En ambos informes se expresa como factor concurrente que el menor refiere una situación de acoso escolar. Si bien en este caso, también hacen referencia a “*la posible influencia en ese estado de la conflictividad parental que el menor vive en su casa*”¹³³.

Por otra parte, en relación a los agresores, se afirma que detrás de los agresores que detrás de estos normalmente hay familias «inconsistentes», padres y madres que no han puesto límites, que no han enseñado a sus hijos a respetar las normas y que tienen un escaso control y supervisión sobre la vida de sus hijos. El problema se agrava, advierten, cuando al bajo interés por la educación de los hijos se añade el no reconocer el problema, dificultando el desarrollo de medidas en tiempo real y útil¹³⁴. En cuanto al perfil del agresor afirma el citado autor que “*los maltratadores suelen ser personajes inseguros y provocadores, que no han madurado la capacidad de sentir compasión ante el sufrimiento ajeno. Mientras que los varones tienden a utilizar la agresión física y verbal, las chicas recurren a la marginación, los bulos y la manipulación de las relaciones. Ellos y ellas ansían la sensación excitante de poder que experimentan cuando subyugan física y emocionalmente a sus víctimas*”¹³⁵. Puede entenderse, pues, que si no reciben un tratamiento firme que les conduzca a percibir los efectos negativos de su comportamiento, –que en ningún caso ha de resultar impune–, se verá reforzada su conducta antisocial con grandes probabilidades de que persista en su vida adulta.

Sobre el particular cabe reseñar que las alteraciones o problemas que se han detectado en la infancia y adolescencia, víctimas de conflictividad o violencia en el ámbito familiar, han sido ampliamente es-

¹³³ Vid. SAP de la Rioja (Sección 1^a), núm. 2/2015 de 8 enero (ARP/2015/112). Ponente: Fernando Solsona Abad.

¹³⁴ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B.P.: “El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención”. *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 25.

¹³⁵ Vid. ROJAS MARCOS, L.: “Los estragos del acoso escolar”. *El País* 2 de abril de 2005. Enlazar en http://elpais.com/diario/2005/04/02/opinion/1112392807_850215.html (Fecha de consulta 20 de abril 2014).

tudiados. A los problemas de conducta (agresividad, conductas antisociales), problemas emocionales (ansiedad, depresión, miedos, baja autoestima, etc.), problemas físicos (trastornos alimenticios, conductas regresivas, etc), se unen otros problemas de más hondo calado que ahondan en esa victimización previa del menor y a su mayor riesgo o predisposición a convertirse en víctima de estas conductas violentas o en agresor. Con frecuencia, los menores expuestos a violencia intrafamiliar pueden presentar problemas de conducta o de competencia social que ponen de relieve, entre otros, déficits en habilidades sociales, rechazo por los iguales, ciertas conductas desafiantes, etc. Por lo que, no resulta arriesgado afirmar que estos problemas conductuales pueden ser germen o verse reflejados en el ámbito social o escolar (segundo espacio de socialización del niño).

El otro eslabón del triángulo del *bullying* son los testigos, espectadores u observadores; aquellos que contemplan las intimidaciones y los maltratos repetidos, a algún compañero sin hacer nada, aunque piensan que deberían hacer algo a favor del que sufre. La Fiscalía General del Estado en la citada Instrucción 10/2005, señala al respecto que *“La nocividad del acoso escolar alcanza incluso a los menores que como testigos mudos sin capacidad de reacción lo 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”*.

En otro sentido, la posición del espectador u observador puede ser entendida como aquella en la que observa los hechos de violencia o acoso, sin estar de acuerdo e inclusive internamente rechazarlos por considerarlos abusivos, pero por temor, no denuncian. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el espectador también puede adoptar el rol de cómplice cuando avala, aprueba y acompaña con su presencia el acto de violencia, intimidación o acoso. Este tipo de espectador es muy cercano al agresor y termina emulándolo en busca de la recompensa psicológica que obtiene y que genera un sentimiento de poder¹³⁶.

En esta línea, MARTÍNEZ AMORÓS indica que los efectos negativos que manifiestan los espectadores del *bullying* dan lugar a que apren-

¹³⁶ Vid. NORKA ARELLANO: “Violencia entre pares escolares (*bullying*) y su abordaje a través de la mediación escolar y los sistemas de convivencia”. *Revista Informe de Investigaciones Educativas*. Vol. XXII, n° 2, Número Especial, año 2008, p. 221.

dan que la conducta violenta e intimidatoria es válida para conseguir ciertos objetivos y además da un estatus frente al grupo, lleva a que se desensibilice ante las consecuencias del maltrato y en otros alumnos puede causar un efecto de hipersensibilización, pudiendo desarrollar conductas de escape y evitación para no ser ellos el objeto del *bullying* o generando pensamientos y conductas de miedo al centro escolar que pueden provocar fobias, ansiedad, etc.¹³⁷. No obstante, un reciente estudio revela “en contra de lo esperado,” que ser testigo de violencia en el colegio no predice ningún tipo de conducta agresiva¹³⁸. Pero lo que resulta más grave es que el silencio de los espectadores es aprovechado por los acosadores, que actúan con la seguridad de que no habrá resistencia por parte de los testigos de las agresiones¹³⁹.

III. TIPOS DELICTIVOS EN EL CÓDIGO PENAL

1. Determinaciones Previas

En el marco normativo internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 6 de diciembre de 1990¹⁴⁰, precipitó en nuestro país la promulgación de un amplio marco legal para la protección

¹³⁷ Vid. MARTÍNEZ AMORÓS, S.: “La vulnerabilidad del menor en las aulas escolares. Construyendo una escuela segura”; en *Vulnerabilidad infantil: Un enfoque multidisciplinar*. (Dir. RODES LLORET Fernando, MONERA OLMOS Carlos Enrique, PASTOR BRAVO, M. Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2010, p. 117.

¹³⁸ “La ausencia de relación entre el ser testigo de violencia, tanto en el colegio como en el vecindario, y la conducta agresiva indica que la observación de violencia en estos contextos no influye en la conducta agresiva de los niños”. Vid. ORUE, Izaskun y CALVETE, Esther. “La justificación de la violencia como mediador de la relación entre la exposición a la violencia y la conducta agresiva en infancia”. *Psicothema*, Vol. 24, n° 1, 2012 p. 46.

¹³⁹ Vid. GAIRÍN SALLÁN, J./ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B. P. “El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención”. *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 24, y el Informe del Defensor del Pueblo. *Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria*, Madrid, 2000, p. 20.

¹⁴⁰ Esta Convención impone a los Estados parte la adopción de cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del menor, y establece en un amplio número de artículos, la necesidad de especial protección de estas víctimas frente a toda clase de maltrato. Vid. Artículos 2, 11, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39.

de los derechos de la infancia y la adolescencia, en el que ocupan un lugar central, por un lado, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ampliamente reformada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y por otro, en el ámbito penal, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Civil y Penal del Menor (en adelante LORPM)¹⁴¹.

En nuestro país, la LORPM diseña un modelo de responsabilidad penal del menor que trata de integrar distintas perspectivas de naturaleza fundamentalmente educativa, sancionadora y garantista, con el principio del interés superior del menor¹⁴². De ahí que la intervención con los menores infractores, autores de las conductas de acoso en el caso que nos ocupa, deba abordarse tanto desde una perspectiva preventiva como restauradora siguiendo el objetivo 5 del II PENIA y las recomendaciones de la Fiscalía General del Estado. La reforma de esta Ley llevada a cabo por LO 8/2006, de 4 de diciembre, –momento en el que resulta necesario y oportuno hacer un balance de la misma–, además de reforzar la protección de las víctimas, contempla instrumentos más adecuados para hacer frente a nuevos fenómenos de la delincuencia juvenil, como es el caso del acoso escolar. Es precisamente en esta materia, donde se prevé que, junto a las medidas de alejamiento de los agresores respecto de sus víctimas, los jueces podrán dictar órdenes de alejamiento del propio centro escolar en el que haya tenido lugar la conducta violenta, o de prohibición de comunicación (por cualquier medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual) con determinadas personas que estos pudieran determinar¹⁴³.

Ahora bien, la citada Ley no regula tipos de injusto específicos cometidos por personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años, por lo que habrá que acudir a los hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en las leyes penales especiales, a la hora

¹⁴¹ La última actualización publicada de la LORPM es de 28 de diciembre de 2012.

¹⁴² Más detalladamente, Vid. MORILLAS CUEVA, L.: “Avances y retrocesos en el tratamiento penal de la delincuencia de menores”, en *Aspectos penales de la protección jurídica del menor*; Navarra, 2008, pp. 190 ss.

¹⁴³ Cfr. Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

de examinar si las conductas subsumibles en el acoso escolar constituyen ilícitos penales.

Desde el punto de vista doctrinal y normativo, ha sido una constante la preocupación por cuál debe ser la respuesta penal en el tratamiento del acoso escolar. ¿Cuándo una conducta puede llegar a ser tipificada como delictiva?; ¿dónde está el límite? Nuestro Código Penal, pese a no recoger en la actualidad un tipo especial referido al acoso en el ámbito escolar, ofrece la posibilidad de castigar esas conductas en otras modalidades delictivas en las que aquél puede encontrar un encaje suficiente. Así lo ha previsto el legislador y esta postura puede parecer razonable para cierto sector de la doctrina, al entender que, con los tipos penales existentes ya existe una debida cobertura legal para estas conductas¹⁴⁴.

Se ha de señalar que el pasado 1 de julio de 2015 entró en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y se suprime el Título III bajo la rúbrica “*De las faltas*”. Sin embargo, ello no comporta la despenalización de todas las conductas anteriormente calificadas como tales y en las que se subsumen algunas conductas de acoso escolar; sino que se mantienen, reubicando su contenido y calificándose como “delito leve”. Para clarificar la cuestión debemos referir que antes de la reforma de 2015, las conductas de acoso se subsumían en el delito o falta de lesiones físicas y psíquicas del artículo 147 CP; hoy se mantienen como delito de lesiones (artículo 147.1 CP) y como “delito leve”, las lesiones de menor entidad, en el artículo 147.2 CP. También en la falta de maltrato de obra del viejo artículo 617 CP, hoy calificadas como delito leve de maltrato de obra en el artículo 147.3 CP. Igualmente el acosador o acosadores podían incurrir en una falta de vejación injusta del artículo 620 2º CP, hoy calificadas como delito de vejaciones injustas de carácter leve en el artículo 173.4 CP; e incluso, en un delito de amenazas del art.169 y en un delito leve de amenazas y coacciones del vigente artículo 171.7 y 172.3 CP, respectivamente. Tipos penales que en ocasiones, como se verá, pueden entrar en *concurso* con otros delitos previstos en nuestro texto punitivo, –incluso algunos de nueva incorporación– y de mayor significación en los supuestos de acoso escolar.

¹⁴⁴ Vid. MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección” en *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. Moreno Martínez, J.A.) Ed. Dykinson Madrid, 2007, p.780.

2. Los delitos contra la integridad moral

Si analizamos la infracción penal que, de forma más clara, contiene los elementos que definen las conductas subsumibles en la figura del acoso escolar, nos encontramos ante los delitos contra la integridad moral, previstos y penados en el artículo 173.1 (Libro II, Título VII) del Código Penal¹⁴⁵. Su previsión ha sido calificada de absolutamente novedosa, destacándose su justificación como respuesta adecuada a la necesidad de evitar tratamientos inhumanos o degradantes en el ámbito privado. Los diferentes estudios relativos al presente precepto afirman, pues, que la individualización de los sentimientos de humillación y degradación contrarios a la integridad moral suscitan una necesidad de intervención del Derecho Penal frente a los comportamientos de acoso que provocan grandes menoscabos a la integridad moral.

Nuestra Constitución configura la integridad moral como una realidad axiológica propia, aunque cierto sector de la doctrina y jurisprudencia han calificado a esta expresión de desafortunada, dada su excesiva vaguedad y abstracción. Así, algunos autores estiman que se trata de una parte integrante del concepto de integridad personal, –el derecho de la persona a no padecer sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos vejatorios–; otros, como GONZÁLEZ CUSSAC, estiman que se identifica con la indemnidad o incolumnidad personal, definiéndola, desde la idea de la inviolabilidad de la persona humana, como el derecho a ser tratado como un ser humano; y una última línea de pensamiento que entiende por integridad moral la integridad física y la salud en general. Estas líneas de pensamiento giran, en todo caso, sobre una idea nuclear: el derecho de la persona a ser tratada con dignidad, –como valor derivado del artículo 15 CE–, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Supremo estima que la integridad moral comprende todas las facetas de la personalidad –la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano–. De este modo, man-

¹⁴⁵ Los párrafos 2º y 3º del apartado 1, han sido añadidos por la LO 5/2010, de 22 de junio. El apartado 2 ha sido modificado, y el apartado 4 introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio del mismo año.

tiene que la integridad moral constituye un atributo de la persona por el mero hecho de serlo, y afirma que se trata de un bien jurídico que tutela el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. Según establece la Sentencia de Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2012: *“el delito de atentado a la integridad moral protege el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, refiriéndose a la sensación de envilecimiento, humillación, vejación e indignidad y a padecimientos físicos o psíquicos infligidos de un modo vejatorio para quien los sufre y con una voluntad de doblegar la del sujeto paciente”* (FJ 2^o)¹⁴⁶.

Podemos así afirmar que lo esencial, –a efectos de cumplimiento del tipo–, es someter a la víctima de forma intencionada *“a una situación degradante de humillación e indigna para la persona”* con la consiguiente lesión de su integridad moral y de su dignidad como ser humano. Y en relación a qué debe entenderse por trato degradante, las Sentencias de Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2002¹⁴⁷, y de 3 de marzo de 2009¹⁴⁸, señalan como elementos identificadores los siguientes: *“a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto, y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito”*.

Recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de enero de 2015¹⁴⁹, en un supuesto de trato degradante prolongado en el tiempo a la víctima, llamándole *“gordo, bolo de sebo, gilipollas, cabrón, dándole golpes en la cabeza, bofetadas y puñetazos, a la par que otros compañeros le bajaban los pantalones (acto inequívocamente vejatorio y humillante)”*, recuerda que la integridad moral comprende todas las facetas de la personalidad: la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano. Asimismo, continúa diciendo que puede que no aparezca o que no sea identificado de forma inmediata, y que por el contrario, manifieste sus efectos con posterioridad, después de un proceso progresivo en el que finalmente la humillación de que la víctima esté siendo objeto le desborde emocionalmente.

¹⁴⁶ Vid. STS. (Sala 2^a) núm. 331/2012, de 4 de mayo.

¹⁴⁷ Vid. STS (Sala 2^a) de 8 de mayo de 2002 (RJ 2002/6709).

¹⁴⁸ Vid. STS (Sala 2^a) de 3 de marzo de 2009 (JR 2009/233).

¹⁴⁹ Vid. SAP de la Rioja (Sección 1^a), núm. 2/2015, de 8 de enero.

Pero es que además, se ha de destacar que este tipo penal no exige para su concurrencia la objetivación de una patología médica o psicológica, sino tan solo un menoscabo de la integridad moral. En esta línea argumental, el Tribunal Supremo ha destacado en su Sentencia de 2 de abril de 2003¹⁵⁰, en cuanto al concepto de integridad moral, algo muy importante, y es que no se requiere que este quebranto grave de la integridad moral se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones. La integridad moral –dice la Sentencia–, se sitúa así como valor autónomo, independiente de otros derechos, 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.

Resulta, pues, incuestionable que el Derecho Penal, en la tarea de evitación de las conductas violentas en el contexto educativo, constituye el último recurso en manos del Estado, dada la exigencia inexcusable en un Estado Social y Democrático de Derecho, de respetar el principio intervención mínima o de *ultima ratio*. De ahí, que se pueda afirmar el papel residual de la intervención pública de naturaleza penal, a modo de último instrumento institucional frente a conductas que dañan o crean un riesgo significativo para los intereses fundamentales de las personas que comparten un entorno docente.

La conducta típica del artículo 173.1 (párrafo 1º) CP se define en los siguientes términos: “*El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”. Se trata de un tipo residual, o de recogida, –*auffrangtatbestand*, en la terminología alemana–, que comprende todas las acciones y omisiones que supongan una agresión grave a la integridad moral cuando éstas no puedan subsumirse en otras específicas del Código Penal que impliquen también un atentado contra la dignidad moral.

Tal y como ha sido caracterizado el acoso escolar en este trabajo, en la expresión “trato degradante” encuentran cabida una pluralidad de comportamientos idóneos para producir en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de ridiculizarles, y de quebrantar su resistencia física y

¹⁵⁰ Vid. STS de 2 de abril de 2003 (RJ 2003/2767).

moral¹⁵¹. En este sentido, se puede afirmar que el trato degradante consiste en una relación entre dos o más personas como consecuencia de la cual, una de ellas resulta humillada, rebajada o reducida en las cualidades inherentes al hecho mismo de ser persona.

Respecto al elemento temporal, –establece la citada Sentencia de Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2002 que;“(…) *se debe presuponer una cierta permanencia en el tiempo, o al menos repetición del contenido degradante, pues en otro caso no habría “trato”, sino simplemente “ataque”*. Sin embargo, otras Sentencias del mismo Tribunal no encuentran 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.

En la *praxis*, las Sentencias dictadas en materia de acoso escolar no han sido, ni son en la actualidad muy numerosas, aunque ello no impide que hayan tenido lugar algunos casos paradigmáticos que han sido objeto de una importante repercusión social.

— Así, la primera Sentencia relevante en esta materia, fue la dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, con fecha de 15 de julio de 2005 en el denominado “*Caso Jokin*”. Recordemos que los hechos se refieren a una grave situación de acoso persistente sufrida por un menor de catorce años en un Instituto de Enseñanza Secundaria de la localidad de Hondarribia, y que terminó por suicidarse, arrojándose al vacío desde las murallas de la ciudad. En este sentido, consta probado que: “*Jokin fue objeto no sólo de violencia verbal a través del hostigamiento, sino también de exclusión por parte de su grupo y bloqueo social frente al resto de sus compañeros. Lo anterior estuvo acompañado de agresiones físicas como empujones, puñetazos en la cara, cachetes en la cabeza, patadas en las piernas y en la espalda, golpes en los hombros y en el abdomen*. La citada Sentencia, que revocó parcialmente la dictada por el Juzgado de Menores de San Sebastián, condenó a varios de los menores por la comisión de un delito contra la integridad moral, –previsto y penado en el artículo 173 del Código Penal–, y por un delito de lesiones psíquicas del artículo 147.1 del mismo texto puni-

¹⁵¹ Vid. STS de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7370). Doctrina que se reitera en otras posteriores como en las SSTs (Sala 2^a) de 27 de enero de 2011 (recurso núm. 10755/2010) y 255/2011, de 6 de abril de 2011.

tivo. El Juzgado no estimó la aplicación del artículo 143.1 CP (inducción al suicidio) por considerar que la actuación de los menores en su comportamiento hacia la víctima, basado en insultos, agresiones y vejaciones, nunca estuvo guiada por este objetivo, faltando pues el dolo directo de los acosadores que nunca pensaron que Jokin “*iba a tomar esta trágica decisión*” (FJ 4°). Todos los menores contaban con 15 años de edad, excepto uno que tenía 16.

— En otro supuesto, la Sentencia núm. 37/2006, del Juzgado de Menores Uno de Ávila (Procedimiento 15/05) calificó unos hechos como un delito contra la integridad moral, –del artículo 173.1 del Código Penal–, y dos faltas de lesiones reguladas en el mismo Cuerpo Legal, al declarar probado que: “(...) *el agresor le pasó un trozo de una sustancia que posiblemente fuera hachís, diciéndole que por haber respirado esa sustancia, le había hecho efecto la droga, y que podía marearse. Estos hechos provocaron una situación de temor y miedo en la víctima, lo cual puso en conocimiento de su familia, comunicándolo ésta a la Dirección del Centro Escolar, y pidiendo que hubiera un mayor control para evitar agresiones de este tipo. A partir de este momento, y de forma sistemática y premeditada por parte del agresor, –que era seguido en algunos momentos por otros amigos suyos de la clase–, se inició una fase de persecución y de acoso, con conductas que iban desde exigirle grandes cantidades de dinero en algunas ocasiones, hasta continuos insultos diarios, empujones en clase y en el pasillo, y frecuentes golpes y collejas, llegando incluso a pincharle con agujas de sujeta papeles. Cuando la víctima se negaba a hacer lo que le pedía, se incrementaban las agresiones y las burlas, lo que motivó que el menor tuviera auténtico pánico de acudir al Colegio, y bajara el rendimiento académico y personal (...). “El día 17 de marzo de 2005, sobre las 9:10 horas, el agresor cuando se encontraba en el interior del Colegio se dirigió a la víctima, golpeándolo repetidamente y causándole lesiones consistentes en contusiones a nivel de cuello, brazo izquierdo y glúteo sin hematomas que curaron en primera asistencia (...). Igualmente, sobre las 10:00 horas del día 1 de junio de 2005, el agresor se dirigió nuevamente a la víctima manifestándole lo siguiente: “tu madre se va a cagar... se lo voy a contar a mis amigos para llevarlos de testigos al juicio... van a venir los Latin Kings y van a ir a por ti para reventarte...”. Ese mismo día, sobre las 13.30 horas, el agresor se aproximó a éste en el aula de música y le propinó una patada en el glúteo, provocando la caída del mismo sobre una mesa y seguidamente un puñetazo en el brazo derecho. Las lesiones consistieron en un hematoma en brazo derecho que curó en primera asistencia”.*

Con gran repercusión mediática, se ha podido también conocer el caso del “Colegio Suizo”, de Madrid, en el que los padres del menor supuestamente acosado, en representación de su hijo, interponen recurso de apelación contra la Sentencia de 7 de noviembre de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcobendas, la cual basa su desestimación en razonamientos tales como que: “(...) no ha quedado acreditado que el menor fuera objeto de burlas y ataques desde 4^o de primaria, ni que el Colegio conociera estos incidentes, o por lo menos, que existían problemas de relación o interacción social”. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección núm. 10), revocó la anterior resolución en Sentencia núm. 00737/2008, al afirmar que: “(...) *el solo hecho de que los menores agresores fueran al colegio provistos de un cámara, denota una estrategia que deja poco margen a la espontaneidad de un mero y aislado enfrentamiento infantil. La grabación evidencian como los menores agresores provocan con golpes de estuche y collejas a la víctima, que se limita a defenderse como puede*”. Por su parte, y en un sentido análogo, el Defensor del Pueblo, en un informe emitido con fecha de 8 de febrero de 2006, señaló, entre otras fundamentaciones, que “la situación vivida por la víctima, se ajusta a los parámetros que se definen como acoso escolar; que existen evidencias del malestar y sufrimiento experimentado como resultado de los referidos comportamientos, y que el colegio disponía de algunos datos y observaciones que suficientemente analizados, podrían haber permitido prever y corregir algunos de estos comportamientos”. En base a lo anterior, la Sala entendió que: “(...) *no estamos en presencia de una única agresión a la víctima; la grabación del día lo que representa es una más de las situaciones de acoso y menosprecio a las que era sometido en el ámbito escolar. Por tanto, se debe considerar como hecho probado que la víctima se encontraba inmersa en una situación de bullying o acoso escolar continuado, como paso previo para dirimir la posible falta de diligencia del Centro en el control del problema (...). En consecuencia, queda acreditado que el menor presentaba inadaptación social y personal, sobrecarga emotiva, inseguridad en sus relaciones interpersonales y baja estima, encontrándose solo, rechazado, amenazado e indefenso*”.

— Del mismo modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 13 de octubre de 2006 en un supuesto de acoso constante a la víctima por parte de otros jóvenes, con malos tratos de palabra y de obra, consistente en “*cachetes, bofetadas y golpes leves*”. Otro día, el menor recibió más golpes en la cara, causándole a consecuencia del puñetazo que le propinó, diversas contusiones en la región facial y

en el tabique nasal. En otra ocasión, uno de los jóvenes se acercó a la víctima cuando se encontraba en el patio del colegio y le agredió, propinándole varios cabezazos en la cabeza y en la nariz. En otra ocasión, los menores, de común acuerdo encerraron a la víctima en un recinto al aire libre, formado por tres paredes de un edificio y una reja, adonde le trasladaron cogiéndole del brazo y empujándole y dejándole allí hasta que llegó otro compañero y lo liberó. Igualmente, en otro momento, uno de los agresores le dio una patada diciéndole *“como se lo digas al profesor, te corto el cuello”*, pasándose el mismo el dedo por el cuello. Debido a estos comportamientos, el menor sufrió un estado de nervios y ansiedad constante. El Juzgado de Menores condenó a uno de los menores a una falta de lesiones del artículo 617.1º CP, y a todos ellos, por la comisión de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP. La sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial pero ésta desestimó el recurso interpuesto.

— En la misma línea, se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de octubre de 2010¹⁵², que admite como probados una serie de hechos prolongados en el tiempo que se identifican con el acoso escolar e integran el tipo delictivo previsto en el artículo 173 imputable a dos menores: *“A (...) en los pasillos o en el patio del centro escolar, le insultaban con expresiones tales como “gilipollas” o “imbécil”, se burlaban de su forma de vestir y con el hecho de que su padre hubiese fallecido, empujándole continuamente en los pasillos, empujando incluso en el comedor del centro escolar a otros amigos para que cayeran encima de (...), llegando a escupirle en varias ocasiones, repitiéndose estos hechos prácticamente a diario (...). Incluso (...) los agresores llegaron a incitar a los niños más pequeños del colegio para que insultasen y se burlasen de (...). Por último durante el último curso escolar en el que coincidieron en dicho IES, el día 15/04/08 sobre*

¹⁵² Vid. SAP de Castellón de 21 de octubre de 2010 (JUR\2011\65648). Ponente Carlos Domínguez Domínguez esta sentencia confirma la dictada el 30 de marzo de 2010 por el Juzgado de Menores. Se condena a uno de los menores como responsable directamente en concepto de autor de un delito contra la integridad moral del artículo 173 del CP y a otro, también como responsable de una falta de lesiones del artículo 617.1 del CP. En ambos casos a la medida de libertad vigilada (ocho meses) con el contenido que determine la entidad pública y mejor se ajuste a sus necesidades”. Además en concepto de responsabilidad civil (X) indemnizará a Cipriano en la suma de 300 euros por los días de sanidad derivados de la falta de lesiones, y a (X e Y) de forma solidaria, indemnizarán al menor acosado en la suma de 600 como daño moral derivada del delito de integridad moral. Todo ello con la responsabilidad civil directa de los respectivos padres de los dos menores.

las 15:00 horas, mientras estaba en su clase se acercaron (...) y dos amigos menores de 14 años, comenzaron a insultarle, llamándole “tonto” y burlándose del fallecimiento de su padre al decirle “yo al menos tengo padre, tu padre se ha muerto”. (...) les dijo que se fueran y que le dejaran en paz, llegándoles también a decirles “tontos” (...). Es evidente pues que tan continuado comportamiento, supuso un trato degradante, que hubo de humillar a la víctima y causarle un indudable sufrimiento psíquico, con entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de un delito contra la integridad moral de la víctima, del artículo 173 del CP, por implicar, sin la menor duda, un menoscabo grave de la integridad moral de la misma” (FJI^o).

— Calificado también como un delito contra la integridad moral, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 10 de junio de 2011, en la que una menor de 15 años fue objeto de hostigamiento, agresiones, humillaciones, comentarios insultantes y amenazantes por parte de tres menores, con burlas constantes debidas a la escoliosis que padecía aquélla y que le había provocado un encorvamiento de la espalda; su imagen física desmejorada fue causa directa de su falta de integración social, y del menoscabo de su dignidad. Además, estas menores efectuaron comentarios en numerosas ocasiones en la red social Tuenti con ánimo de provocarla. La situación llegó a ser tan grave que el padre tenía que acompañarla al colegio y recogerla, puesto que los niños se burlaban de su hija y de él mismo. Todo ello hizo que la menor estuviese en tratamiento por ansiedad durante cuatro años. La Sentencia entiende que *“esta actitud de comentarios algo más que jocosos, apoyados por todos en un sentido más que burlesco hacia una persona con la que comparten o han compartido aula determina la presencia del tipo delictivo que se les imputa (...). La menor ha sido víctima de unos ataques constantes e injustificados por parte de unas menores que la sienten diferente, o al menos, no en su grupo de iguales, razón que justificó su reacción, lo cual en modo alguno puede ser patente para que la insulten, amenacen o discriminen, amparándose en comentarios hirientes efectuados en una red social para que muchos puedan ver y participar”*.

— Y más recientemente, se ha de señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 15 de noviembre de 2013,¹⁵³ donde de los once menores imputados, sólo cuatro fueron absuel-

¹⁵³ Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1^a), núm. 209/2013 de 15 noviembre (JUR\2014\3749) Ponente: Illma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

tos del delito contra la integridad moral (artículo 173.1 CP): *En el caso de autos, queda probado, respecto a los condenados, que de forma reiterada y con ánimo de menoscabar la integridad moral del compañero le sometieron a continuas burlas “integrando la conducta típica tanto las actitudes burlescas continuadas como las risas derivadas de las actitudes de carácter vejatorio, humillante o degradante ejecutadas por otros, en la medida en que con las risas no sólo se refrendan dichas actitudes, sino que, además, se contribuye a reforzar sus efectos y a potenciar ese tipo de comportamientos”.*

Una lectura detenida de este precepto (art. 173.1 CP) revela que nos encontramos ante un delito de lesión, en el que se requiere para su aplicación que la conducta descrita legalmente genere el resultado previsto en el tipo. Ahora bien, ¿Cuándo se produce ese menoscabo a la integridad moral? La imprecisión de este precepto ha sido destacada por la doctrina y jurisprudencia, como contraria a los principios de *lex certa* y *lex stricta* de los tipos penales. En lo que al objeto de nuestro trabajo se refiere, las víctimas que padecen acoso escolar son rebajadas de su condición de persona a cosa, dando lugar a una situación de vejación, humillación o envilecimiento, cuya gravedad debe ser determinada por los jueces y tribunales a la luz de las circunstancias del caso concreto.

En sede de culpabilidad, el tipo penal sólo recoge el comportamiento doloso, que debe abarcar el conocimiento y la voluntad de producir, a través de la conducta desarrollada, un sentimiento de humillación o envilecimiento con el que se persigue instrumentalizar al menor. Su objetivo fundamental en el contexto del acoso es intimidar, apocar, reducir, aplanar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a obtener algún resultado favorable para quienes agreden. Desde un punto de vista político-criminal, se han defendido, incluso, –por algunos autores–, las imputaciones a título de dolo eventual.

Debe recordarse que el marco concursal de los delitos contra la integridad moral y los delitos contra bienes personales de la víctima, aparece definido en el artículo 177 CP (redactado conforme al texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo). Este precepto dice textualmente que: *“si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se casti-*

garán los hechos separadamente con la pena que les correspondiere por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley”. Por lo tanto, en las conductas de acoso escolar, será preciso constatar si, además de un daño a la inviolabilidad de persona, se produce la lesión de otros bienes jurídicos personales de la víctima, –vida, integridad física, libertad, honor, etc.–, supuesto en el que, al convivir injustos penales de significación autónoma e independiente, se producirá un concurso de delitos.

A los efectos pretendidos, es útil diferenciar, como ya lo hiciera OLWEUS,¹⁵⁴ entre el *acoso directo* y el *acoso indirecto*: “El *acoso directo* –con ataques relativamente abiertos a la víctima– y el *acoso indirecto*, en forma de aislamiento social y de exclusión deliberada de un grupo, esta segunda forma de acoso es menos evidente”. Vale cualquier tipo de agresión, ya sea *verbal* (poner mote, amenazar, hacer burlas, insultar, despreciar, provocar); *físicas* (golpear, empujar, dar una patada a otro, arrojar cosas, robar, romper o esconder utensilios escolares, hacer gestos de desprecio); *sociales* (excluir a alguien, difundir rumores, aislar, ignorar, humillar); e incluso *sexuales*: (molestar, hacer tocamientos sin consentimiento, hacer burlas del cuerpo, la intimidad o la orientación sexual de otro)”.

De todas estas conductas de hostigamiento (directas e indirectas) tenemos fiel reflejo en las distintas sentencias mencionadas. En consecuencia, el acoso escolar, en todas sus manifestaciones, podría ser penado conforme a otros tipos delictivos tales como el delito de lesiones (físicas y psíquicas) del artículo 147 CP¹⁵⁵, o en los casos más graves, un delito de inducción al suicidio (143.1 CP), como veremos a continuación. Tipos que en ocasiones podrían entrar en *concurso* con el artículo 173.1 de nuestro texto punitivo.

¹⁵⁴ Vid. OLWEUS, D. *Conductas de acoso y amenaza entre escolares...* Ob. cit. p. 26.

¹⁵⁵ La ya citada SAP de Castellón de 21 de octubre de 2010 condena al menor (...) como responsable directamente en concepto de autor de un delito contra la integridad moral del artículo 173 del CP y a (...) también como responsable de una falta de lesiones del artículo 617.1 del CP. Falta que se justifica por las agresiones físicas a las que fue sometido el menor.” (...) *Como no se iban, Cipriano se encaró a Balbino, porque era quien lideraba el grupo y le agarró fuertemente del cuello, reaccionando Balbino propinándole un puñetazo que impactó en la cara de Cipriano, atizándole otros golpes, mientras Alvaro y los dos amigos menores de 14 años seguían burlándose de Cipriano gritando a Balbino “machácale”.- Como consecuencia de esta agresión Cipriano sufrió una contusión de región nasal y hematoma en el párpado inferior derecho, siendo atendido en el centro de salud de Montanejos y precisando 10 días no impeditivos para la curación de sus lesiones y requiriendo únicamente una primera asistencia facultativa. (...).”*

3. El delito de Inducción al suicidio

Desgraciadamente, en algunas ocasiones, los supuestos graves y prolongados de acoso escolar pueden desembocar en el suicidio de los menores acosados, aunque no será nada fácil para mantener una acusación y fundamentar una sentencia condenatoria por este tipo delictivo, que pueda llegar a demostrarse la relación de causalidad entre los actos de acoso y el resultado de muerte, como ya ocurriera en el caso Jokin.

Al suicidio de este menor, tantas veces referido, se han sumado algunos más. El suicidio de una adolescente de 16 años, que estudiaba segundo de ESO (Ciudad Real, 2012). El padre de la niña acudió al IES para exponer al jefe de estudios su preocupación por el «*clima de violencia*» que, según la familia, vivía la menor. El Instituto tenía constancia del «elevado» número de faltas de asistencias de la menor. El suicidio de la joven Carla de 14 años de edad, (Gijón 2013) al que habían precedido denuncias de que sufría acoso escolar. Su madre ya sabía que la niña “tenía problemas con en el colegio” y había solicitado consulta con una psicóloga de un centro. Además, testimonios de compañeros de clase y varias publicaciones en las redes sociales confirmarían la sospecha de que la pequeña sufría acoso escolar. La causa, se archivó provisionalmente al no constar indicios de un delito de inducción al suicidio, pero se reabrió¹⁵⁶, practicándose nuevas diligencias que concluyeron con escrito de alegaciones y sentencia de conformidad, condenando a dos menores por un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP, O más recientemente, el caso de Arancha que despidió de sus amigas por WhatsApp antes de arrojararse por el hueco de las escaleras con la frase: “Estoy cansada de vivir”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ El Fiscal de Menores reabrió el caso gracias a las nuevas pruebas que presentó la madre sobre las vejaciones que sufrió la niña en las redes sociales y que incluía una conversación de Facebook que mantuvieron sus hijas poco antes de que Carla acabase con su vida.

— Carla: “Acompáñame. Contigo no me va a decir nadie nada, no tienen cojones”.

— Andrea: “¿Pero qué pasa nena? Cuéntame”.

— C.: “Na, que se meten conmigo...”.

— A.: “¿Quién? ¿Por qué? ¿Del cole? ¿O de fuera?”.

— C.: “Del cole (...), las de siempre”.

¹⁵⁷ <http://www.elpais/23/05/2015>.

En definitiva, datos preocupantes que nos dibujan un futuro donde por desgracia estos no va a ser los últimos casos.

A finales del año 2015, los medios de comunicación se hacían eco del suicidio de un adolescente transexual en Barcelona, tras sufrir acoso escolar, y no soportar la presión y la incompreensión que sufría por parte de su entorno, a pesar de contar con el apoyo de su familia. Tenía 17 años y acababa de ver reconocida su identidad masculina gracias a una resolución judicial. Alan, que había sufrido acoso escolar debido a su condición transexual, cayó en una profunda depresión por la que llegó a ser ingresado en el Hospital Clinic de Barcelona. Cambió de Centro, pero siguió viviendo situaciones de acoso. De hecho, la familia y el Equipo Directivo del nuevo instituto tenían ya prevista un encuentro para abordar la situación tras las vacaciones de Navidad¹⁵⁸. Y a principios de 2016 hemos conocido el suicidio del menor de 11 años, Diego. El pequeño dejó escrita una estremecedora carta antes de saltar por la ventana del quinto piso de su vivienda el pasado 14 de octubre de 2015. *“Yo no aguanto ir al colegio y no hay otra manera de no ir”*. El juzgado de Instrucción 1 de Leganés (Madrid) archivó la causa en diciembre *“al no poder determinarse que hubiera habido intermediación de terceros en la muerte del pequeño”*¹⁵⁹. Las investigaciones están abiertas para esclarecer lo acontecido. No cabe duda que sucesos como los reseñados provocan una especial conmoción.

Pues bien, nuestro texto legal castiga en el artículo 143.1 al que induzca al suicidio de otro. El precepto dice así: *“El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años”*. Nos encontramos, pues, ante un delito que requiere la concurrencia de los elementos siguientes:

- Debe tratarse de una inducción al suicidio de carácter directo, dirigida a una persona concreta y determinada.
- es necesario que la persona que decide suicidarse haya tomado esa decisión precisamente debido a la conducta del inductor. No estaremos ante este tipo delictivo si la víctima ya había decidido quitarse la vida con anterioridad a la inducción. Como señala la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de junio de 1992: *“(…) la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien*

¹⁵⁸ <http://www.elmundo.es/2015/12>.

¹⁵⁹ <http://www.elpais.es/21/01/2016>.

*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*¹⁶⁰. Así las cosas, el inductor ha de desplegar su conducta sobre otras personas al objeto de que éstas ejecuten un hecho concreto y en relación también con una víctima concreta, no siendo subsumible en el tipo, la conducta consistente en “forzar” al suicidio, por cuanto que el suicida ha de decidir libremente su muerte.

- El comportamiento del inductor ha de ser eficaz, esto es, debe haber conseguido que el otro sujeto se suicide. Por tanto, la inducción al suicidio de otro que no vaya seguida del mismo, no está incluida en este tipo penal, ya que lo que se castiga en el precepto es el resultado final de la muerte del suicida.
- la conducta del inductor ha de ser dolosa, no estando expresamente prevista la forma imprudente de comisión de este delito. No cabe además, el dolo eventual, pues se trata de un dolo directo para influir en un tercero a que ponga fin a su vida, y es aquí donde surgen la mayor parte de los problemas probatorios en la práctica diaria de nuestros tribunales.
- El inductor puede usar cualquier medio de persuasión tanto físico como psíquico, con la finalidad de hacer surgir en la víctima el deseo de acabar con su vida.

Sobre el particular cabe traer a colación de nuevo, el tristemente célebre caso Jokin Ceberio. El Juzgado de Menores de Donostia-San Sebastián, del 12 de mayo de 2005,¹⁶¹ no estimó la aplicación del tipo del artículo 143.1 CP por considerar que la actuación de los menores en su comportamiento hacia la víctima, basado en insultos, agresiones y vejaciones, nunca estuvo guiada a este objetivo, faltando pues el dolo directo de los acosadores que nunca pensaron que Jokin “*iba a tomar esta trágica decisión*” (FJ 4^a). La referida sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, cuyo fallo, en Sentencia

¹⁶⁰ Vid. Sentencia de Tribunal Supremo núm. 1368/1992, de 11 de junio.

¹⁶¹ Vid. Sentencia del Juzgado de menores de 12 de mayo de 2005, núm. de Recurso 310/2004 (Ref. La Ley Juris 575049/2005). Ponente Uranga Mutuberria.

de 15 de julio de 2005,¹⁶² se pronuncia sobre la cuestión del concurso de delitos. La defensa de los padres del menor, solicitan la revocación de la sentencia anterior y el pronunciamiento de otra, por la que se condene a los menores como autores de un delito contra la integridad moral y como autores de un delito de lesiones psíquicas contenidas en el art. 147.1 CP a modo de *concurso real* (art. 177 CP); no recurren respecto al fallo absolutorio referido al delito de inducción al suicidio, por lo que en esta sentencia no hay pronunciamiento sobre este particular.

A modo de reflexión cabe reseñar que son muchas las muertes que recientemente se han producido en nuestro país y que en mayor o menor medida se vinculan a conductas de acoso o ciberacoso escolar. Y es que, según numerosos estudios los adolescentes que sufren acoso escolar tienen mayor propensión al suicidio. Igualmente, es preciso recordar en este punto, la amplia casuística que puede ofrecernos este “espinoso” problema, y la necesidad de analizar las circunstancias del caso concreto. En los últimos años, se han detectado una serie de índices elevados de acoso escolar por motivos de orientación sexual en los menores, y un estudio realizado en el año 2012 bajo el título de “*Acoso escolar homofóbico y riesgo de suicidio en adolescentes y jóvenes lesbianas, gays y transexuales*” ha señalado que el 43% de los menores encuestados menores de 25 años, ha llegado a idear el suicidio; el 35% lo ha planificado, y el 17% lo ha intentado en una o en varias ocasiones¹⁶³.

4. Otros tipos penales tras la reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo

Con la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal español y en aras de dar adecuado cumplimiento al principio de intervención mínima, se suprime el Libro III del citado texto legal dedicado tradicionalmente a las faltas; si bien alguna de ellas, –tal y como hemos visto *supra*–, se incorporan al Libro II tipificadas ahora como delitos leves. Así, y por lo que aquí

¹⁶² Vid. SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, núm. 1009/2005. (Ref. La Ley Juris 579578/2005), Ponente Sr. Subijana Zunzunegui.

¹⁶³ Vid. FELGTB/COGAM, 2012.

nos interesa, en el ámbito concreto de las lesiones, ésta la única novedad importante respecto a la regulación anterior.

Desaparece también la falta de amenazas, que ahora será considerada como delito leve y la inclusión de un nuevo punto 7 en el artículo 171 al establecer que: *“Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”*. Igualmente, respecto a las coacciones en general, y dada la supresión del tipo constitutivo de falta, se ha añadido un apartado 3º al artículo 172, señalando que: *“3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”*.

En el ámbito de los delitos contra la intimidad, tal y como se señala expresamente en el Preámbulo de la LO 1/2015, las modificaciones producidas en los delitos de revelación de información de terceros sin consentimiento de su titular (artículo 197 CP), pretenden superar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas en la regulación vigente, con el fin de ofrecer una respuesta adecuada, –acorde a la normativa europea sobre la materia–, a aquellos supuestos en los que las imágenes o grabaciones del menor se obtienen con su consentimiento, pero son luego son difundidos contra su voluntad, lesionando gravemente su intimidad¹⁶⁴. Así, fotos o videos con connotaciones sexuales, donde aparecen cuerpos desnudos o semidesnudos, con posturas o gestos provocativos, etc.

La redacción del precepto queda del modo siguiente:

“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

¹⁶⁴ Sobre ello, más detalladamente Vid. CASTELLÓ NICÁS, N.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 487 ss.

2. Las mismas penas de impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando: a) se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.

Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

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

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa¹⁶⁵.

Aunque se ha producido una reestructuración interna del artículo 197 CP, éste mantiene el contenido de la mayor parte de sus apartados antes de la reforma, siendo la modificación de mayor calado la operada en el nuevo número 7 del citado precepto, relativo a la conducta de difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la persona afectada, pero obtenidas con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal¹⁶⁵.

Se trata de un nuevo tipo penal que ha venido planteado por la generalización del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y que trae causa de los hechos denunciados por una ex concejal del PSOE, –el mediático caso de Olvido Hormigos–, en relación a la difusión de un video de contenido sexual que ella misma hizo llegar voluntariamente a través del Whatsapp, a quien posteriormente efectuó dicha difusión, reenviando el mismo o mostrándolo a amigos y conocidos¹⁶⁶. En este supuesto, también fue acusado el Alcalde de la localidad en la que tuvieron lugar los hechos, acusado de difundir la grabación desde el correo de la Alcaldía, aunque el sobreseimiento y archivo de las actuaciones por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Orgaz (Toledo) en el mes de abril del año 2013 dio la razón a ambos denunciados por no poder ubicar estos comportamientos en el tipo penal del artículo 197 vigente entonces¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Vid. PAÑOS PÉREZ, A.: “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, *Actualidad Civil*, núm. 8, abril de 2012, pp. 811 ss, y HERRERA DE LAS HERAS, R.: “El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación”, *Diario La Ley*, Año XXXV, junio 2014, pp. 20 ss.

¹⁶⁶ Sobre el delito de descubrimiento y revelación de secretos, particularmente interesante es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 11ª), núm. 486/2014, de 18 de septiembre.

¹⁶⁷ MORALES PRATS, F.: “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 31, 2013, pp. 11 ss.

Por tanto, en líneas generales, es obvia la finalidad fundamental de la reforma realizada, esto es, la protección de la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones de contenido personalísimo realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento, esto es, imágenes o grabaciones privadas realizadas para no ser difundidas. En los últimos tiempos con mayor incidencia, grabaciones o imágenes de desnudos o semidesnudos con una dosis mayor de erotismo, que como más adelante veremos, entran de lleno en la figura conocida como “sexting”.

5. Especial referencia al delito de acoso permanente tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo

Por lo que aquí nos interesa, la modificación realmente relevante a efectos del análisis del acoso escolar, es la que se produce con la tipificación del delito de acoso del artículo 172 ter CP, introducido *ex novo* en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 de la LO 1/2015. Así, este precepto establece que:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes, y de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física; 2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas; 3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella; 4º Atente contra su libertad o su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal¹⁶⁸.

La propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 pone de manifiesto que con la introducción de este nuevo tipo penal se intenta ofrecer una respuesta más efectiva a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas antes de la reforma. Se trata, pues, de aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se llevan a cabo conductas reiteradas, por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a situaciones de persecución o vigilancia constantes, llamadas reiteradas, u otros actos de continuo hostigamiento¹⁶⁸.

Para poder afirmar la existencia de este delito, son necesarios los siguientes elementos: a) realización de alguno de los comportamientos que aparecen expresamente tipificados en el artículo 172 ter como constitutivos de acoso; b) además, se requiere que la realización de cualquiera de los comportamientos descritos altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima¹⁶⁹, y c) la reiteración de los mismos, ya que no es suficiente con la realización esporádica o puntual de alguna de las conductas descritas. Por tanto, sólo podrá castigarse el acoso cuando concurren estos tres requisitos y siempre que medie la denuncia del acosado o de su representante, puesto que nos encontramos ante un delito perseguible sólo a instancia de la víctima (salvo cuando el acosado sea uno de los sujetos contemplados en el artículo 173.2 CP).

En vista de lo anterior, podrá entenderse que muchas de las conductas hasta ahora constitutivas de *bullying* podrán castigarse por la vía del nuevo artículo 172 ter CP. Es más, el propio precepto en su punto 2 señala que si el acosado es una persona especialmente vul-

¹⁶⁸ Sobre ello, Vid. COLÁS ESCANDÓN, A.M^a.: *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 214 ss.

¹⁶⁹ El principal problema consistirá en determinar si se ha producido o no esa alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de una persona, lo que requerirá una labor interpretativa, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado. Vid. PALMA HERRERA, J.M.: “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 406 ss.

nerable por razón de su edad –y los menores de edad lo son–, las medidas que el juez deberá adoptar contra el acosador serán aún más. Por lo demás, si junto al acoso, se han producido amenazas, o atentados graves contra la integridad moral, entre otros, éstos podrán ser sancionados también en virtud de la cláusula concursal que se prevé expresamente en el núm. 3 del artículo 172 ter, y que puede llegar a plantear graves problemas de legitimidad¹⁷⁰.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR Y MEDIDAS A ADOPTAR CONFORME A LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

Cuando las medidas anteriormente referidas en fase de prevención no han funcionado y no es posible la “desjudicialización” del conflicto, víctima y agresor se incorporan al proceso. El autor o autores de conductas de acoso encuadrables en los tipos delictivos señalados anteriormente ¿Responden penalmente? Para dar respuesta a esta pregunta hay que hacer algunas precisiones según la edad del menor infractor; pero reparando en que la edad, vendrá referida al momento de la comisión de los hechos delictivos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.3 LORPM: *“Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores”*

Los menores de 14 años edad son inimputables penalmente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 LORPM: *“Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá la responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes.”* Por lo que una edad acorde con estas cifras indica que existe una importante franja de alumnos menores de 14 años, a los que no se le exigirá responsabilidad penal (inimputables).

¹⁷⁰ MATALLÍN EVANGELIO, A.: “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J.L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 589 ss.

En cambio cuando el menor es *mayor de 14 años y menor de 18 años* es penalmente imputable y civilmente también. El artículo 19 CP aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija la mayoría de edad penal en los 18 años. La responsabilidad penal (especial) que afecta a estos menores se encuentra regulada en la mencionada Ley Orgánica 5/2000 (LORPM) reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. A este respecto, el artículo 1.1 LORPM señala que: *“Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”*.

En consecuencia, la LORPM convierte a los menores infractores, incluidos en esta franja de edad, en responsables criminales. Así, los autores de conductas de acoso escolar, en su versión tradicional o de ciberbullying o acoso con elementos sexuales (*grooming* y *sexting*) responden penalmente; con la particularidad en el caso de sexting, no solo será responsable el menor o menores que lo practiquen; también el menor que recibe las fotos o videos de contenido sexual y los reenvía. No obstante, la LORPM dulcifica o atempera los términos de dicha responsabilidad, al configurarla como una responsabilidad distinta de la responsabilidad penal de los adultos, por lo que siendo una *responsabilidad formalmente penal*, permite una intervención sancionadora-educativa, –aunque desde luego– de especial intensidad.

Ahora bien, tal y como señala la ya conocida Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005 (*Caso Jokin*)¹⁷¹, esta ley elude principios esenciales del Derecho penal de mayores, como el principio de prevención general o el principio de proporcionalidad de la sanción y descansa en los siguientes principios: 1.- La exigencia de una responsabilidad penal específica a menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años que comentan un hecho tipificado como delito en el Código Penal o en alguna ley penal especial sin que concurra circunstancias eximentes o de extinción de la responsabilidad penal previstas en el CP (artículos 1.1 y 5.1 LORPM). 2.- La implementación de un procedimiento de corte garantista en el que al menor le asisten los derechos reconocidos en la CE, en la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica al menor, la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

¹⁷¹ Caso JOKIN. Vid. SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, número de recurso 1009/2005. (Ref. La Ley Juris 579578/2005), Ponente Sr. Subijana Zunzunegui.

y todas las demás normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados pro España, y 3. El reconocimiento del superior interés del menor como seña de identidad de la intervención jurídico penal” (FJ 2^a).

Si bien, tras la reforma de la LORPM operada por la Ley Orgánica 8/2006¹⁷², algunos autores consideran que se ha desnaturalizado la Ley Penal del Menor, para transformarse en una Ley Penal cada vez más parecida, en lo negativo, a la de los adultos. Argumento que justifican en que bajo el pretexto de la proporcionalidad, se aumentan los índices de punición (la duración de las medidas), y la retribución en el castigo al hecho cometido¹⁷³. Por lo que no se observa el “interés superior del menor”.

En efecto, el artículo 9 LORPM tras su modificación por la LO 8/2006 establece la posibilidad de aplicar la *libertad vigilada*, además de en los casos de delito, también cuando la infracción cometida sea falta (ahora suprimidas tras la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo). En la misma línea de endurecimiento, el artículo 10 LORPM, también modificado por la LO 8/2006, eleva a un año más la *medida de internamiento*. Este precepto, bajo la rúbrica “*Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas*” señala dos supuestos: *a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere entre 14 y 16 años de edad, la medida podrá alcanzar “tres años de duración” (antes dos); b) si al tiempo de cometer los hechos el menor hubiere cumplido la edad de 16 años, la duración máxima de la medida será “de seis años” (antes cinco); (...) En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a “seis años”» (antes cinco).*

Respecto a las anteriores medidas, la propia Sentencia de 15 de julio de 2005 (*Caso Jokin*)¹⁷⁴ aplicó en su día a los menores impu-

¹⁷² Vid. en este sentido a LANDROVE DÍAZ, G.: «Réquiem por la Ley Penal del Menor», Diario LA LEY, Año XXVII, núm. 6505, de 15 de junio de 2006. GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J.M.: “Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” *Diario La Ley*, N° 6687, Sección Doctrina, 5 Abr. 2007, Año XXVIII, Ref. D-82, LA LEY 1392/2007.

¹⁷³ Publicada en el BOE núm. 290, de fecha 4 de diciembre de 2006, con entrada en vigor el 5 de febrero de 2007.

¹⁷⁴ Vid. SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, núm. de recurso 1009/2005. (Ref. La Ley Juris 579578/2005), Ponente Sr. Subijana Zunzunegui.

tados la medida el internamiento en régimen abierto de dos años (la máxima antes de la LO 8/2006). *El primer año llevarían a cabo actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el Centro como domicilio habitual y durante el segundo los menores estarán en régimen de libertad vigilada.* Medidas cuya ejecución quedó suspendida en virtud del Auto del Juzgado de menores de 15 de septiembre de 2005. Los padres del menor interpusieron Recurso de apelación que fue estimado y en el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de octubre de 2005 quedó revocado el Auto del Juzgado de Menores y se acordó la ejecución de las medidas impuestas.¹⁷⁵

De forma paralela, y como ya ha sido señalado en líneas precedentes, la LO 8/2006, introduce como novedad en la legislación penal de menores, la *medida de alejamiento*. Medida que se materializa en dos momentos: uno, como medida judicial definitiva (artículo 7.1 i) LORPM) y otro, como medida cautelar (artículo 28) del mismo texto. Resultando de suma relevancia para la condena por acoso escolar al suponer el alejamiento del agresor del círculo personal y educativo del agredido o víctima. Medida que consideramos muy positiva como también señala GUTIÉRREZ ALBENTOSA, en el sentido de que busca una mayor protección de la víctima (pues trata de conseguir una mejor protección), principalmente en este ámbito, el acoso escolar o *bullying*¹⁷⁶.

La ejecución de las referidas medidas judicialmente impuestas corresponderá a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de Menores.

Puede afirmarse que, cuando las conductas de acoso cometido por alumnos menores (14 a 18 años) son penalmente típicas conforme a los delitos anteriormente expuestos, además de la responsabilidad penal, hay una responsabilidad civil derivada del ilícito penal (responsabilidad civil *ex delicto*) cuya regulación cuenta con disposiciones específicas en la propia Ley penal del menor (artículos 61 a 64 de la LORPM). Solo dejaremos apuntado por el momento que la

¹⁷⁵ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de octubre de 2005 núm. de recurso 1013/2005 (Ref. La Ley Juris 591340/2005).

¹⁷⁶ Vid. GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J.M.: "Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 8/2006 (...)" Ob. cit. 2007.

regla básica, es el artículo 61. 3^o LORPM que señala como responsable civil al menor, junto a otros responsables civiles que *solidariamente* responderán con él ante la jurisdicción de menores (art. 61.3 y 4 LORPM): “*Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*”.

Pero puede ocurrir que las conductas de acoso escolar se hayan cometido por un *menor de entre 14 y 18 años, y un mayor de edad*. Recientemente hemos conocido la noticia, en la que los hechos delictivos se cometen por un menor (17 años) alumno de Formación Profesional y un mayor de edad¹⁷⁷: “*Un menor acosa a un compañero de colegio y roba en su casa. La víctima presentó denuncia por las múltiples heridas durante la investigación. La víctima, de 17 años, residente en Bilbao, teme encontrarse de nuevo con su verdugo porque comparten pupitre en un centro de Formación Profesional de Leioa (Bizkaia), a donde no ha vuelto. Alberto, nombre ficticio, es el mayor de tres hermanos. De carácter retraído, ha venido sufriendo permanentes vejaciones en el centro donde estudia. Y siempre propinadas por la misma persona. Un compañero de su misma edad le ha venido intimidando desde hace meses, ante los ojos, incluso, del personal docente, según fuentes conocedoras de este caso de acoso escolar. Pero nunca lo denunció (...); sustraía las llaves de su compañero consumaba el robo y al día siguiente reponía las llaves en la mochila (...). Antes de que practicaran la doble detención, la víctima había tenido que acudir al ambulatorio para ser tratado de nuevas heridas provocadas por su agresor permanente, para entonces muy nervioso. En el parte médico se le apreció el labio partido y magulladuras en el cuello, pero nadie evitó previamente este hostigamiento. El agresor, acogido en un centro de internamiento de la Diputación de Bizkaia, nunca fue expulsado del colegio durante este proceso, al igual que su cómplice, mayor de edad*”.

En este caso, el procedimiento a seguir y las medidas a adoptar para el primero, serán las que se han señalado con anterioridad; y para el *acosador* mayor de edad, la conducta de acoso encajaría en

¹⁷⁷ Vid. *El País* bajo el título “La Fiscalía de Menores deja libre al agresor de un compañero al que robó” País Vasco (26.03.2014). Columna a cargo de JUAN MARI GASTACA.

varios de los tipos delictivos ya citados. Lo que llevaría a este mayor de edad, a que se le aplique estrictamente el Código Penal de 1995. La Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Penal del Menor deja vacío de contenido el artículo 4 LORPM que bajo la rúbrica “*Régimen de los mayores de dieciocho años*” señalaba que “*De conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley (LORPM) se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto*”. En consecuencia, a estos jóvenes se les aplica el Código penal. También puede ocurrir que en la realización de las conductas concurren menores de entre 14 y 18 años y menores de 14 años (inimputables). Este caso pasará por condenar a los primeros a los que se enjuicia penalmente al total de las indemnizaciones con la posibilidad de repetir contra los otros potenciales responsables civiles.

En otro orden de cosas, pero también referidas a la responsabilidad penal, cabe plantearse una última cuestión: ¿puede responder penalmente el Centro escolar por la conducta de acoso cometida por el menor? En este caso, nos estamos refiriendo, claro está, a la posibilidad de imputar al profesorado del Centro por un posible delito de los anteriormente referidos, en su modalidad de *comisión por omisión* (artículo 11 CP). Una rápida respuesta nos lleva a afirmar que difícilmente puede apreciarse esta responsabilidad penal en el Centro. Así ocurre en los hechos enjuiciados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de julio de 2012¹⁷⁸, a propósito de la querrela interpuesta por los padres del menor víctima de acoso escolar, contra la Directora y diferentes Tutores del Centro Escolar por un presunto delito de lesiones y contra la integridad moral, al considerar que no habían adoptado las más mínimas medidas para evitarlo, por lo que solicitan sean condenados por los referidos delitos por comisión por omisión. La Sala señala al respecto que: “(...) *esta responsabilidad penal en concepto de comisión por omisión tiene como presupuesto el que efectivamente los querrelados conocieran la situación que estaba*

¹⁷⁸ Vid. Auto núm. 774/2012 de 25 julio, de la AP de Barcelona (Sección 3ª) (JUR\2012\311333) Ponente: Ilma. Sra. Mª Jesús Manzano Mesenguer.

sufriendo el menor, dato éste que no resulta acreditado en el caso de autos. (...) Puede que su conducta no fuera todo lo adecuada y correcta posible. Puede que incumplieran los protocolos establecidos en estos casos, pero ello escapa del ámbito penal pudiendo acudir los padres del menor a la vía civil para reclamar los daños y perjuicios sufridos por su hijo". Por todo lo expuesto, el recurso se desestima confirmando la resolución de instancia. Sobre el particular, cabría someter a consideración y repensar esta negativa ante ciertos hechos y actitudes llevadas a cabo en algunos Centros que, como hemos visto, en más de una ocasión, consta probado el conocimiento y casi aquiescencia por parte del Colegio, ante casos palpables de acoso extremo sufrido por sus alumnos.

Más recientemente, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 9 de febrero de 2016, revoca el sobreseimiento acordado por Auto de 2 de diciembre de 2015, del Juzgado de Instrucción número 4 de Cáceres, y ordena la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento penal abreviado, por si los hechos objeto de las diligencias pudieran ser constitutivos de un presunto delito contra la integridad moral, imputable a las querelladas (tres profesoras del Centro Concertado "Sagrado Corazón de Jesús", de Cáceres), en la modalidad de comisión por omisión; todo ello en el marco de sus respectivas parcelas de responsabilidad en dicho Centro, con fundamento último en la obligación de actuar que a cada una correspondía. Así se anticipó en la Sentencia de esta Sala que confirmó la del Juzgado de Menores, al recordar que sobre las querelladas pesaba "un deber de garante que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 a) del Código Penal, podría incluso ser generador de responsabilidad penal"; al entender que tuvieron conocimiento "de la existencia de una situación objetivada y mantenida de acoso escolar", y sin embargo su conducta ha sido de pasividad. Dice el Auto que "(...) Corresponde y es deber de la institución escolar detectar estas situaciones e intervenir de manera eficaz, máxime si se tiene conocimiento de que los hechos podían venir sucediendo desde tiempo atrás, y la reacción del afectado resulta netamente sintomática de ello, al expresar que no podía aguantar más ese estado de cosas. La tolerancia con los acosadores debe ser pues, cero y por supuesto, evitar escenarios que impliquen una victimización mayor". El Auto recuerda que "el dolo en los delitos de comisión por omisión consiste en el conocimiento de la situación de riesgo capaz de producir el resul-

tado y la determinación de no poner los medios para impedirlo, infringiendo la obligación legal de actuar que le corresponde al autor en función de su posición de garante del bien jurídicamente protegido”. Por lo que, se decreta improcedente el sobreseimiento provisional al existir indicios de delito contra la integridad moral, en la modalidad de comisión por omisión¹⁷⁹.

V. EXCURSUS SOBRE LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

Como ya se ha manifestado *supra*, en nuestro modelo de justicia penal juvenil, el interés superior del menor prima como elemento determinante del procedimiento y de las medidas a adoptar. Así, todo el Derecho Penal de Menores debe estar orientado a buscar lo que es mejor para el menor, para su reeducación y resocialización, lo que exige incorporar al proceso penal una serie de especialidades procesales que permitan que la respuesta penal ante la delincuencia juvenil respete en la adopción de sus decisiones y medidas a imponer, las condiciones más beneficiosas para el interés del menor en atención a sus circunstancias personales, educativas y sociales.

Desde hace ya algunos años, la Mediación como instrumento para procurar la solución de los conflictos provocados por la comisión de actos delictivos entre menores está adquiriendo un desarrollo sin precedentes¹⁸⁰. La Recomendación núm. R (99)19, del Consejo de Europa en materia de mediación en el ámbito penal, define la mediación penal como “todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente acceden, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con ayuda de un tercero independiente”. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral, experto en comunicación, que se

¹⁷⁹ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª), núm. 68/2016, de 9 de febrero, (JUR/2016/51007)- Ponente: Jesús Mª. Gómez Flores.

¹⁸⁰ En su desarrollo, ha sido fundamental en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, cuyo artículo 10 bajo la rúbrica “*Mediación penal en el marco del proceso penal*” establece que: “1. Los Estados Miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados Miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”.

limita a facilitar la racionalización de la solución del conflicto por las propias partes. Asimismo, la referida Recomendación, establece los principios generales de actuación, orientados tanto a las jurisdicciones penales juveniles como a la jurisdicción penal de adultos.

En efecto, en la propia LORPM se articula la posibilidad de una mediación con menores infractores sobre el reconocimiento expreso del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en concreto, sobre la base de la posibilidad de un sobreseimiento del expediente penal por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el “plan de reparación” que el Juez podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito.

En consecuencia, la mediación penal como menores infractores no debe entenderse como manifestación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, sino más bien, como reflejo del principio de oportunidad¹⁸¹, del superior interés del menor, así como del principio de proporcionalidad.

Si se analiza la naturaleza jurídica de la mediación con menores infractores, debe destacarse necesariamente la trascendencia educativa que desempeña en la práctica esta figura, pues la mediación implica que el menor infractor se enfrente de manera directa con los efectos de sus actos criminales y se haga responsable de los mismos frente a la víctima. De este modo, se incide favorablemente en el propio interés del menor, principio esencial de la regulación en esta materia pues a través de la mediación se incentiva y se previene de forma general que el menor de edad pueda reiterar conductas delictivas en el futuro tras conocer y percibir directamente las consecuencias negativas que para las víctimas hayan podido producir sus comportamientos criminales en el pasado¹⁸². La doctrina coincide en señalar que la mediación es un modelo idóneo para el sistema de justicia del joven por su escaso valor

¹⁸¹ Vid. GONZÁLEZ PILLADO, Esther: “La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores”, *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, González Pillado, E. (Coord)., Tirant monografías, Valencia, 2012, pp. 53-87.

¹⁸² Vid. CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: conciliación y reparación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7-14, 2005, pp. 11 ss.

“estigmatizante”, su alto valor pedagógico y su carácter de menor represión¹⁸³.

Una de las cuestiones que ha provocado más controversia es la relativa a la determinación de en qué momento puede tener cabida la mediación en el proceso penal¹⁸⁴. La previsión contenida en el texto legal se concreta en una doble posibilidad a la hora de articular y dar eficacia a la mediación en el seno de los procedimientos para la exigencia de responsabilidad penal a los menores infractores. Por un lado, la posibilidad de sobreseimiento del expediente penal para los casos de conciliación o reparación entre el menor y la víctima, lo que sin gran precisión se conoce como mediación prejudicial (artículo 19 LORPM). Y por otro, la mediación en el seno de la ejecución de la medida impuesta, esto es, lo que se conoce como mediación judicial (artículo 51 LORPM).

Aunque no es objeto específico de este trabajo, no se puede dejar de señalar la importancia y las indudables ventajas que en la actualidad tiene, y que todavía tendrá la utilización práctica y efectiva de esta técnica de resolución de conflicto en el seno del proceso de menores para la exigencia de responsabilidad penal a los mismos. Ventajas no sólo para infractor y víctima –la gran olvidada dentro del proceso penal–, sino también para la propia familia, la comunidad y hasta para el propio Estado. En este sentido, se hace necesaria más que nunca la consecución de una Justicia Restaurativa que permita ante todo la protección de la víctima mediante la reparación y satisfacción de sus necesidades derivadas de haber sufrido las consecuencias de una acción delictiva.

¹⁸³ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. “La mediación en el proceso de menores”. Revista de Derecho Penal, número 32 (1/2011), p. 12. En la misma línea, se afirma que a través de la mediación es posible alcanzar una solución que evita la estigmatización que para el menor supone el sometimiento a un proceso judicial al mismo tiempo que constituye una herramienta de gran utilidad para la reeducación y resocialización de ese menor infractor puesto que a medida que se desarrolla el procedimiento va tomando conciencia de las consecuencias de sus actos, responsabilizándose de los mismos y manifestando su voluntad de reparar los daños causados Vid. COELLO PULIDO, Ángela “Mediación con adolescentes infractores” Abstracts of the XXXIIIrd International Congress on Law and Mental Health David N. Weisstub (Editor) Université de Montréal, Institut Philippe-Pinel, p. 416.

¹⁸⁴ Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I.: “La mediación penal con menores infractores en la LORPM”, *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, González Pillado, E. (Coord.), Tirant monografías, Valencia, 2012, pp. 96 ss.

CAPÍTULO III

OTRAS FORMAS DE ACOSO ENTRE IGUALES CON ELEMENTOS SEXUALES: EL DELITO DE *CHILD GROOMING* Y *SEXTING*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Título VIII del Libro II del vigente Código Penal bajo la rúbrica “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, ha sido objeto en los últimos años de una prolija y dinámica actividad legislativa, –tanto en lo que se refiere al incremento de los marcos penales, como de las conductas típicas previstas en el mismo–, constituyendo, de este modo, una de las materias más significativas y complejas en su previsión en el ordenamiento jurídico-penal español.

Por una parte, resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores, el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas, ya que mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. De otra, la extensión de la utilización de internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la oportunidad de castigar penalmente las conductas que una persona desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores (en nuestro caso, menores de dieciséis años) con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Más detalladamente, Vid. “Guía legal sobre Ciberbullying y Grooming”, *Observatorio de la Seguridad de la Información*, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/areajuridica).

Para comprender la actual configuración de estos tipos delictivos, sin duda, es necesaria la valoración, si quiera sea breve de la reforma operada en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2010, de 22 de junio¹⁸⁶, cuya Exposición de Motivos justifica, en su apartado XIII, las modificaciones introducidas en “*el acrecentamiento del nivel de protección a las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas*”, y la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil¹⁸⁷. Con ello, se pone de manifiesto, una vez más, la plasmación de una tendencia general hacia el incremento de la respuesta penal y a la criminalización de nuevos atentados contra la libertad y la indemnidad sexual, incorporándose en el Título VIII un Capítulo II bis denominado “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”, en cuyo artículo 183 bis se regulaba –hasta la reforma de 2015– el internacionalmente denominado *child grooming*”.

Pues bien, tras la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y ahora bajo la rúbrica “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*”, la propia Exposición de Motivos insiste en la necesidad de proteger a los menores frente a los atentados contra su libertad sexual producidos mediante el empleo de TICs, por su facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, completando la protección hasta ahora existente. Además, se añade un nuevo artículo 183 ter destinado a sancionar “*(...) al que a través de internet, del teléfono, o de*

¹⁸⁶ Se ha de señalar que el anterior artículo 183 bis del Código Penal no se recogía en el Anteproyecto de Ley aprobado en fecha 23 de julio de 2009 por el Gobierno y remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales, por lo que no fue objeto de los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial ni de la Fiscalía General del Estado. La incorporación de este precepto tiene lugar a partir del Dictamen de la Comisión publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 28 de abril de 2010, en el que se recogía la enmienda núm. 350 presentada por el Grupo Popular, argumentando que: “*Las nuevas tecnologías han supuesto la mayor dificultad de los padres para la vigilancia de las personas adultas con quienes sus hijos se relacionan. Internet permite que los menores de edad se relacionen, sin salir de una habitación, con cualquier desconocido de cualquier parte del mundo. En ocasiones, los pederastas actúan bajo el anonimato que proporciona esta red global. Cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas. Ello da lugar a nuevas formas delictivas como el “grooming informático”, esto es, el acoso a menores on line, o “ciberacoso”. El nuevo tipo de pederasta busca a su víctima menor por esta vía, visitando espacios personales o chats a los que acuden los menores y adolescentes, seleccionan a su vida, se ganan progresivamente su confianza y de este modo, en ocasiones, consiguen el contacto personal con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red.*

¹⁸⁷ Vid. DOCE núm. L 13 de 20/1/2004.

cualquier otra tecnología de la información o la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

De este modo, junto al tipo hasta ahora tipificado, al que se incorporan algunas mejoras técnicas –como más adelante veremos–, en lo relativo a la elevación a la edad de dieciséis años, el cambio de ubicación, y la limitación únicamente a los delitos previstos en los artículos 183 y 189 CP, se incluye un número 2 al apartado ter en el precepto, que incluye lo que se ha denominado “embaucamiento” o “*sexting*” al tratarse de una conducta ya contemplada en la figura del “*soliciting*”, tal y como propone su incriminación en el artículo 6 de la Directiva 2012/92/UE.

Ya con anterioridad, el Comité del Consejo de Europa para la Convención de 23 de noviembre de 2001, conocido también como Convenio de Budapest, en su Informe *Protection of Children Against Abuse Through New Technologies*, se había ocupado de los temas emergentes de violencia contra los menores por medio de las nuevas tecnologías, con particular énfasis en el *grooming* –tanto a nivel de Internet como de telefonía móvil–¹⁸⁸.

Partiendo de estas premisas, el Capítulo II bis cumple con los objetivos de tutela penal de la norma comunitaria al proteger especialmente a los menores de dieciséis años –edad, en la que se sitúa ahora el umbral de la validez del consentimiento sexual–, y prever los correspondientes tipos agravados. Sin embargo, las penas específicamente previstas para el castigo de estas conductas exceden de las obligaciones comunitarias obedeciendo a razones político criminales propias, que surgieron con posterioridad al primer Proyecto de modificación del Código publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de enero de 2007.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el presente Capítulo tiene por objeto analizar desde una perspectiva jurídico-pe-

¹⁸⁸ En este ámbito, se han de tener en cuenta, además, la Decisión núm. 1151/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 2003, por la que se modifica la Decisión núm. 276/1999/CE, por la que se aprueba un Plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet, mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, y la Decisión núm. 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un Programa Comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea.

nal la problemática del delito denominado *child grooming*, –introducido *ex novo* en nuestro sistema por la LO 5/2010, y objeto de reforma en el año 2015–, y el delito de “embaucamiento” introducido más recientemente por la ley de 2015, los cuales incriminan conductas que, desgraciadamente cada día aumentan de forma vertiginosa, favorecida por la aparente impunidad que facilita el anonimato de las últimas tecnologías (redes sociales, –Facebook, Tuenti, Twitter, MySpace–, chats, foros, servicios de mensajería instantánea (Messenger), o mensajes vía bluetooth, entre otras)¹⁸⁹.

En los últimos años, el desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TICs), –fundamentalmente Internet, cuyo efectivo alcance no se puede desconocer–, y la creación de espacios virtuales de encuentro entre infractores y potenciales víctimas, han supuesto una auténtica revolución para la humanidad. Ahora bien, la irrupción de estas nuevas formas de comunicación en nuestra sociedad, ofrecen la posibilidad de perpetrar acciones delictivas a miles de kilómetros, pudiendo utilizar identidades supuestas y técnicas de navegación anónima, lo que dificulta, además, y como veremos más adelante, la persecución e investigación de estos tipos delictivos.

En la era del ciberespacio, esta nueva realidad convertida en una herramienta fundamental para el desarrollo personal y de otro tipo de actividades como medio de intercambio masivo de información, plantea serios retos al Derecho Penal. Lo cierto es que, junto a sus indudables ventajas, las nuevas tecnologías traen consigo una altísima potencialidad como medio para la comisión de delitos, por lo que desde hacía algún tiempo, y desde diversas instancias se había requerido una respuesta penal eficaz que la combatiese, o al menos, la minimizara¹⁹⁰.

Resulta, pues, incuestionable que la causa inmediata de la introducción del nuevo artículo 183 ter 1 responde a la existencia de un

¹⁸⁹ CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo blanch, 2011, p. 439, y DOLZ LAGO, M.J.: “Child grooming y sexting: anglicismos y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015”, *Diario La Ley*, mayo de 2016, pp. 1 ss.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011, pp. 207 ss, y MORÓN LERMA, E.: *Internet y Derecho Penal: hawking y otras conductas ilícitas en la red*, Navarra, 2012.

fenómeno que surge con la difusión del uso de las nuevas tecnologías entre menores, que no estaba previsto en la referida norma comunitaria aunque sí en otros Convenios Internacionales. En efecto, el artículo 23 del *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote), obliga a los Estados Parte a criminalizar la comunicación llevada a cabo por adultos a través de medios de comunicación o información cuando ésta consista en la proposición a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento de relaciones sexuales según la normativa vigente en cada ordenamiento, a tener un encuentro; además, se exige que exista la finalidad de cometer algún acto constitutivo de agresión o abuso sexual (artículo 183 CP) o producción de pornografía infantil (artículo 189 CP), y que la propuesta haya ido seguida de actos materialmente conducentes a conseguir dicho encuentro¹⁹¹.

Posteriormente, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, al determinar sus objetivos, hace referencia a la necesidad de abordar esta realidad y establece dos tipos de conductas. Por un lado, en su artículo 6 núm. 1, –y en términos muy similares a los empleados en el artículo 23 del Convenio de Lanzarote–, señala que: *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: la propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado y, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. En su núm. 3 establece que: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.*

¹⁹¹ Vid. BOE, de 26 de abril de 2010 (Convenio ratificado por España el 22 de julio de 2010).

II. LA REGULACIÓN DEL *CHILD GROOMING* EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

1. Introducción

El delito de *child grooming* –tipificado ahora tras la reforma de 2015 en el artículo 183 ter 1 CP–, prevé un fenómeno delictivo que acecha a los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías, y su tenor literal establece que: “*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciseis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”¹⁹².

Se establece, pues, una modalidad delictiva de estructura compleja –que no es en absoluta desconocida en el marco del Derecho Comparado–, y que por la forma en que aparece descrita, y el carácter sobrevenido de su enumeración, despierta algunos recelos sobre su adecuación y legitimidad¹⁹³. En este contexto, y de acuerdo con la justificación de la enmienda que propuso su inclusión en la reforma de 2010, el legislador trata de adelantar la intervención penal a su-

¹⁹² Este delito se recoge bajo distintas denominaciones, y aunque durante la tramitación parlamentaria se empleó de forma generalizada el término “grooming” o “child grooming”, posteriormente el elenco de expresiones empleado por la doctrina se ha visto ampliado (acoso sexual cibernético, acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales, etc.). Sobre ello, Vid. MENDOZA CALDERÓN, v.: *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores, Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Valencia, 2013, pp. 100 ss.; FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “El delito de online child grooming (artículo 183 bis CP)”, Lameiras, M./Orts Berenguer, E.: *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia, 2014, pp. 185 ss, y RAMOS VAZQUEZ, J.A.: “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, *La Ley*, núm. 7446, Año XXXII, p. 6.

¹⁹³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra la libertad sexual”, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), Dykinson, 2016, p. 258.

puestos que estructuralmente tienen rasgos en común con los actos preparatorios de los delitos sexuales a cuya comisión se orienta, pero cuya gravedad excede de la propia de éstos¹⁹⁴.

Por lo que respecta a las modificaciones llevadas a cabo en este delito, la Ley Orgánica de 2015 no ha cambiado sustancialmente respecto de lo que se preveía en la primera versión del Anteproyecto de 2012, aunque si es cierto que se ha limitado la remisión genérica a los delitos sexuales cuya comisión constituye la finalidad última del sujeto. Así, si en la segunda versión del Anteproyecto se indicaba que éstos podían ser cualquiera de los previstos en los artículos 178 a 183 y 189 del Código Penal, en la versión final aprobada del artículo 183 ter 1, se incluyen únicamente los delitos previstos en los artículos 183 y 189 respectivamente, suprimiendo la referencia a los artículos 178 a 182 del mismo texto punitivo¹⁹⁵.

Otro de los aspectos objeto de modificación, ha sido el relativo a la edad del sujeto pasivo, que coincide con la de aquél al que no se reconoce capacidad para consentir en materia sexual. De este modo, si en la LO 5/2010 y en la primera versión del artículo en el Anteproyecto eran menores de 13 años, en la segunda versión del mismo pasaron a ser sujetos pasivos del artículo 183 ter los menores de 15 años para acabar siéndolo en la redacción final del artículo 183 ter 1, los menores de 16 años. A nuestro juicio, una vez más, nos encontramos ante una modificación que adecúa la protección penal de los menores frente a este tipo de conductas a la realidad criminológica de las mismas, en el sentido ya demandado por un sector importante de la doctrina penal.

Sin embargo, han quedado al margen de su incorporación en el precepto otras cuestiones también demandadas. Tanto es así que en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto, éste se lamenta de la nula aplicabilidad que ha tenido el delito de *child grooming* por sus

¹⁹⁴ CUGAT MAURI, M.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant lo Blanch, 2010, p. 235, y la misma en “La tutela penal de los menores ante el *online grooming*: entre la necesidad y el exceso”, *La Ley Penal*, marzo-abril 2014, pp. 1 ss.

¹⁹⁵ Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 454 ss.

problemas técnicos e interpretativos, apelando a que se aproveche la reforma para ponerle remedio.

2. Análisis del tipo delictivo

En una primera aproximación, bajo la denominación de *child grooming* podría describirse un proceso gradual, –que puede durar semanas, e incluso meses–, mediante el que un sujeto establece una relación de confianza con menores, enmascarada como de amistad, que deriva en un contenido sexual, en la que abundan los regalos y las muestras de atención y afecto, y cuya finalidad última, es la de aumentar la vulnerabilidad del menor, favoreciendo de este modo la comisión de un delito sexual¹⁹⁶.

Desde un punto de vista político-criminal, una de las cuestiones más controvertidas es, sin duda, la determinación del interés o bien jurídico protegido en este tipo delictivo. La problemática relativa a la delimitación del objeto de tutela sigue siendo una de las más complejas de cuantas se presenta en la interpretación de este y otros tipos delictivos, ya que la intervención del Derecho Penal, como respuesta más contundente del Estado frente al individuo, sólo puede verse justificada si resulta necesaria en aras a la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común, y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas que posean una efectiva capacidad lesiva, ya que de lo contrario, dicha respuesta podría considerarse no proporcionada.

Las diferentes corrientes doctrinales vertidas sobre este aspecto se pueden agrupar en tres grupos claramente diferenciados. En primer lugar, nos encontramos con autores como GASCÓN TASCÓN que consideran que el tipo previsto en el artículo 183 bis es un delito pluriofensivo, ya que se ven afectados dos bienes jurídicos: por una parte, –como bien jurídico individual e inmediatamente protegido–, la indemnidad sexual del concreto menor sobre el que el sujeto activo realiza la conducta típica, y por otra, como bien jurídico colectivo y mediatamente protegido, la seguridad de la infancia

¹⁹⁶ Más detalladamente, Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “El nuevo delito de ciberacoso...”, cit., p. 2 y MAGRO SERVER, V.: “El grooming o ciberacoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 7492, 2010, pp. 10 ss.

en la utilización de las TIC¹⁹⁷. En segundo lugar, podrían señalarse aquellos autores –los menos–, que consideran que nos encontramos ante un único bien jurídico que no se identifica con la indemnidad sexual. Así, para CUGAT MAURI parece que el objeto de tutela previsto en este delito no pertenece al ámbito de la sexualidad, sino que se identificaría con el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor que resultaría afectado en el momento en que el sujeto activo realiza la conducta descrita en el tipo penal¹⁹⁸. Y en tercer lugar, la doctrina mayoritaria, al afirmar que el único bien jurídico protegido como justificación del tipo es la indemnidad sexual del menor que a través de la conducta prevista en el artículo 183 ter 1 se pone en peligro¹⁹⁹.

Ya en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se señala la idea de que mediante estas conductas “*se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor*”. En efecto, como parece derivarse de su lectura, su contenido tiende a tutelar el proceso de formación del menor en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, para evitarle que sea sometido a prácticas potencialmente perturbadoras que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del niño, capacidad de decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo, al alcanzar la edad de dieciséis años, cuando tenga o no que prestar su consentimiento en las relaciones sexuales que, eventualmente, pudiera tener²⁰⁰.

¹⁹⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “El nuevo delito de acceso a niños...”, cit., pp. 207 ss. En la misma línea, GUNDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842, 2012, pp. 1 ss.

¹⁹⁸ CUGAT MAURI, M.: “Delitos contra la libertad e indemnidad...”, cit., pp. 225 ss.

¹⁹⁹ Entre ellos, TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Los delitos sexuales...”, cit., pp. 165 ss; RAMOS VAZQUEZ, J.A.: “El nuevo delito de ciberacoso...”, cit., pp. 2 ss, y PÉREZ FERRER, F.: “El nuevo delito de ciberacoso...”, cit., pp. 3 ss.

²⁰⁰ Sobre esta problemática, Vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: “Comentario al artículo 178 CP”, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010, p. 709, y GONZÁLEZ RUS, J.J.: “El menor como responsable penal especialmente protegido”, *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 121 ss.

Por todos es sabido, que desde el punto de vista psicológico, las conductas sexuales con menores conllevan importantes riesgos de tipo emocional, sufriendo secuelas de este tipo, incluso patologías clínicas durante los años siguientes al comportamiento sexual en cuestión. Los trastornos que pueden llegar a sufrir tales menores conllevan un mayor riesgo a desarrollar problemas interpersonales y psíquicos como estrés postraumático, sentimientos de desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, baja autoestima, ansiedad, angustia, miedo, etc. Así las cosas, es obvio que los efectos del acoso en la víctima pueden ser devastadores, ya que ésta padece una injerencia arbitraria en su espacio vital que menoscaba no sólo su indemnidad sexual, sino también, –en el caso concreto de los menores de trece años–, el proceso de formación de su propia personalidad.

En cuanto a los sujetos, de la redacción del precepto se infiere que esta modalidad delictiva puede ser realizada por cualquier persona, por lo que nos encontramos ante un delito común, donde no se exige ninguna cualificación especial de ésta. *A priori*, el tipo podría realizarlo no sólo un adulto, sino también un menor con edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años²⁰¹, aunque lógicamente al tratarse de un menor de edad, no respondería con las penas previstas en el artículo 183 ter 1, sino que le sería de aplicación alguna de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, norma aplicable –como ya ha sido puesto de manifiesto– para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en las leyes penales especiales. A nuestro juicio, este planteamiento podría no corresponderse con la argumentación utilizada por el legislador en la ya citada Exposición de Motivos de la LO 5/2010, aunque si hubiera querido criminalizar únicamente

²⁰¹ Sobre el perfil concreto de estos delincuentes sexuales, Vid. PARDO ALBIACH, J.: “Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros”, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, AAVV, García González, J. (Coord.), Valencia, 2010, pp. 58 ss, quien afirma que: “(...) *Lo curioso y espeluznante es que... los delincuentes pueden ser incluso menores de edad, cuyo perfil no es el de un menor con una situación familiar y social desestructurada, sino de un menor que dispone de una educación y unos medios de vida (ordenador, internet, móvil, etc.) que no denotan marginalidad en absoluto y que revelan que carecen del más mínimo sentido de la responsabilidad de sus propios actos y de la gravedad de los mismos*”.

la conducta de un adulto, tendría que haberlo previsto de forma específica²⁰².

Dado que el tipo penal se refiere a contactar con un menor de dieciséis años, el sujeto pasivo que ve afectada su indemnidad sexual, sería aquel menor de esta edad—. De acuerdo con esta premisa, —según algunos autores—, podría afirmarse que el bien jurídico protegido tiene un doble carácter: el individual, en relación con este menor; y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger frente a este tipo de comportamientos²⁰³.

Antes de examinar alguno de los puntos de mayor discusión, debe destacarse, *ab initio*, que se trata de un delito cuyo concreto contenido de injusto es difícil de precisar, al margen de sus muchos defectos técnicos²⁰⁴. Por lo que a su naturaleza se refiere, nos encontramos ante la punición de lo que, propiamente, sería actos preparatorios para la comisión de los demás delitos de abusos sexuales a menores de dieciséis años. En este contexto, DOLZ LAGO señala que el legislador ha considerado que las conductas descritas son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende del mero acto preparatorio, aunque también integre la naturaleza de éste, por cuanto sólo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de trece años, puede entenderse típica la conducta²⁰⁵. Ello planteará serios problemas de prueba, que necesariamente habrán de constituirse mediante la prueba indiciaria, por cuanto un aspecto tan subjetivo como el ánimo o finalidad del sujeto activo del delito, salvo confesión expresa corroborada objetivamente, sólo puede extraerse mediante indicios probatorios.

En relación a la técnica legislativa utilizada, parece que no hay inconveniente en afirmar que se trata de un delito de peligro, —frente

²⁰² Con ello, además, el legislador español se aleja de los modelos previstos en el resto de la normativa europea que le sirve de referente. Tanto en el Convenio de Lanzarote, como en la Directiva 2011/92/UE se exige la incriminación únicamente de los supuestos en que sea un adulto quien realice la proposición al menor.

²⁰³ DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, núm. 7575, Año XXXII, p. 7.

²⁰⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra la libertad...”, *Ob. cit.*, p. 258.

²⁰⁵ DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito...”, *Ob. cit.*, p. 6.

a los de resultado–, por cuanto el tipo se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para este bien. Lógicamente, se trata de una tutela de corte preventivo, puesto que el legislador adelanta la reacción penal a cuando se origina una situación de riesgo para la indemnidad sexual del menor, sin necesidad de esperar a la efectiva materialización del daño.

Nos encontramos aquí con otro de los grandes problemas en la regulación de este tipo, que no es otro que el de determinar si estamos ante un peligro abstracto o concreto. El precepto exige la existencia de un menor de dieciséis años y la de actos materiales encaminados al acercamiento, lo que abonaría la tesis del peligro concreto, si circunscribimos el bien jurídico protegido al ámbito individual de este menor. En cambio, si ampliamos el bien jurídico protegido a la infancia, –como hace la doctrina mayoritaria–, podríamos entender que se trata de un delito de peligro abstracto, calificación muy próxima al fenómeno del *expansionismo* del Derecho Penal²⁰⁶.

En cuanto a la determinación de la conducta típica, la ley ha configurado un tipo mixto cumulativo que exige una pluralidad de actos, cada uno de los cuales de forma aislada, carecería de relevancia penal. En este sentido, nos encontramos ante un delito con un ámbito de aplicación muy restringido, como demuestra el hecho de que, sólo ha habido tres sentencias condenatorias en los poco más de cuatro años de vigencia del anterior artículo 183 bis²⁰⁷.

En primer lugar, –y al margen de otras precisiones–, lo que se castiga en el precepto es la conducta de una persona que contacte por determinados medios con un menor de dieciséis años y le proponga concertar un encuentro para cometer cualquiera de una específica serie de delitos –muchos de los cuales, por cierto, no afectan al menor de dieciséis años como sujeto pasivo–, y todo ello, siempre que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. Además, se prevén penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 240 y DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito...”, Ob. cit., p. 6.

²⁰⁷ Sobre ello, más detalladamente Vid. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentario a la Reforma de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 439 ss.

De una forma más clara, si analizamos el contenido de la infracción penal, los elementos que la definen serían, pues, los siguientes: a) contactar con un menor de dieciséis años; b) a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y comunicación; c) proponerle concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 183 y 189, y en último lugar, d) acompañar tal propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento (tipo mixto acumulativo)²⁰⁸.

Se ha de tener en cuenta que los medios a los que se refiere el tipo, –Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación–, permiten establecer un contacto con el menor previo a la relación sexual directa con éste, que puede favorecer una situación de dependencia o subordinación moral al agresor de especial intensidad, en la medida en que el medio facilita la captación, almacenamiento, reproducción y difusión de datos e imágenes del menor que luego pueden ser utilizadas para su chantaje sexual. Sólo ello reuniría la gravedad suficiente para afirmar la ofensividad de la conducta, con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales²⁰⁹.

En términos generales, existe acuerdo, –como afirma TAMARIT SUMALLA– en que dicho contacto debe haber obtenido respuesta por parte del menor, de modo que no se entenderá por “contacto” el mero envío de mensajes o e-mails que no hayan sido contestados por el menor²¹⁰.

En cualquier caso, es claro que los delitos sexuales cometidos contra menores de dieciséis años generan un injusto de especial intensidad, pues a estas edades en cuestión, agresiones, abusos sexuales o el nuevo tipo penal de *child grooming* pueden comprometer el desarrollo de la libertad sexual del futuro adulto²¹¹. En la necesidad de subra-

²⁰⁸ Sobre los elementos del tipo, Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 1055/2014, de 22 de diciembre, y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 527/2015, de 22 de septiembre.

²⁰⁹ CUGAT MAURI, M.: “Delitos contra la libertad...”, Ob. cit., p. 235.

²¹⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Acoso sexual cibernético...”, Ob. cit., p. 172.

²¹¹ Vid. CANCIO MELIA, M.: “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley Penal*, núm. 80, marzo 2011, p. 9, y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Propuesta sexual telemática a menores u online chld grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, pp. 639 y ss.

yar específicamente esta singularidad convergen la Política Criminal Europea, –fundamentalmente en la citada con anterioridad Decisión Marco 2004/68/JAI–, y en el concreto ámbito político-criminal español en la materia.

Lo que sí plantea alguna reticencia en la doctrina es, en cambio, la exclusión del ámbito de aplicación del precepto de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, pese a que en el propio precepto se hace expresa mención al artículo 189 que tipifica varios delitos relacionados con la pornografía vinculada a menores de edad y a personas con discapacidad. No obstante, y a pesar de que el legislador de 2010 ha querido ceñirse únicamente a cuanto le obligaba la Convención Europea de 2007, cierto sector de la doctrina penal ha señalado que también las personas con discapacidad pueden ser objeto de contacto por los medios típicos, y resultar tanto o más vulnerables e inermes que aquellos menores²¹².

Por otro lado, parece que la nueva figura delictiva descarta el contacto directo personal. Sin embargo, autores como DOLZ LAGO entienden que sólo podría excluirse este contacto si no fuera seguido de un contacto tecnológico. Es decir, puede darse un primer contacto directo personal, de forma inicial–, que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, ya que el tipo penal no especifica si este contacto es el inicial o derivado. Con ello, se pretenden castigar especialmente estas conductas por la facilidad que suponen la utilización de estos medios tecnológicos para captar al menor; captación que, en muchos casos, no se agota con los meros contactos iniciales, por lo que sería perfectamente aplicable el tipo penal para el sujeto que, tras unos primeros contactos iniciales personales, prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (*ad exemplum: el monitor conocido por el menor que acude al medio tecnológico para la captación de éste, aunque inicialmente su contacto sea directo y personal*)²¹³.

Entre las múltiples técnicas utilizadas por estos acosadores para conseguir establecer un control emocional sobre el menor y preparar así el terreno para un posterior abuso sexual, se pueden citar las siguientes: 1. Acceder a salones de chat públicos con nicks (nombres

²¹² Vid. ORTS BERENGUER, E.: “Ciberacoso”, *Derecho Penal. Parte Especial*, A.A.V.V., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 269 ss.

²¹³ DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito...”, *Ob. cit.*, p. 7.

de usuario) llamativos para el menor o en redes sociales frecuentadas por los menores; 2. Establecer la conversación por chat, solicitándole a la víctima que le facilite sus datos personales y de contacto; sus gustos y preferencias; 3. Iniciar la fase de seducción o provocación –p.e. a través de la *Webcam*–, con el objeto de conocerlo menor, consiguiendo finalmente que éste se desnude o realice actos de naturaleza sexual, capturando imágenes del mismo, o consiguiendo que en el transcurso de la relación, el menor le envíe alguna fotografía comprometida²¹⁴, y 4.- Amenazar o chantajear a la víctima con decírselo a sus padres si no acceden a sus pretensiones sexuales, o con difundir las imágenes a través de internet, momento en el que comienza el verdadero acoso, que puede terminar en un encuentro personal y una consiguiente violación o abuso sexual²¹⁵.

Una lectura detenida del precepto revela que en él se tipifican actos preparatorios que, de otro modo, no serían punibles, pues difícilmente podrían inscribirse en la tentativa de alguno de los delitos reseñados. De este modo, la simple acción de contactar con un menor de dieciséis años por alguno de los medios citados, aún con deseos sexuales, no podría denominarse tentativa de violación o de abuso, etc., porque en la comunicación a distancia, el inicio de los actos ejecutivos sería más difícil de apreciar²¹⁶. Claro que, como el legislador añade otro requisito, –acompañar tal propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento–, puede verse en él un *plus de peligro*, para el bien jurídico y una mayor proximidad al comienzo del tipo. Se abre aquí, pues, una amplia fenomenología que el legislador sólo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto, que tiene que ser material, y no meramente formal, y su finalidad, dirigida al acercamiento, exigencia surgida, sin

²¹⁴ En este sentido, Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011, donde una menor se ve acosada por un adulto, el cual le pide que le mande fotografías en las que la misma apareciera desnuda. En un momento determinado, la menor se niega a seguir mandando al adulto más fotos, así como de su hermana de nueve años, ante lo cual el hombre le dice que si no accede, colgará en Internet las fotografías que de ella tenía desnuda y las distribuirá entre otras personas. La menor acabó accediendo a las pretensiones y le envió nuevas fotos.

²¹⁵ Sobre ello, más detalladamente Vid. DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito...”, Ob. cit., pp. 4 ss.

²¹⁶ A este respecto, no puede dejar de citarse la Sentencia de Tribunal Supremo 1029/1996, de 18 de diciembre, que condena por agresiones sexuales a los tíos del menor que lo conducen a unas reuniones en las que se le obliga a masturbarse ante terceros. De acuerdo con ello, del solo hecho de la distancia física no podría deducirse que la conducta necesariamente quede en grado de acto preparatorio.

duda, para evitar los reproches de ausencia de lesividad y las críticas u objeciones consecuentes que el tipo merece²¹⁷. La amplia casuística de los supuestos impide una delimitación exhaustiva de los mismos, siendo claro que estamos ante un *numerus apertus* de actos, que el legislador no ha querido concretar taxativamente en función a las limitadas formas de realizar estos actos (*ad exemplum*, facilitar la dirección o el lugar de encuentro, reservar habitaciones, ir a buscar al menor, vigilar el portal de su domicilio, o enviar fotografías o mensajes explícitos para ganarse la confianza del menor)²¹⁸.

En cuanto al tercero de los elementos citados, la propuesta de encuentro con el menor, entendemos asimismo que debe haber sido aceptada por el menor en cuestión. Ello es plenamente coherente con la exigencia típica de *realizar actos materiales encaminados al acercamiento*, exigencia que, por otra parte, permite excluir la relevancia penal de proposiciones poco serias²¹⁹. La doctrina que se ha ocupado de la cuestión hasta este momento habla de “cualquier acto material destinado a conseguir el acercamiento”; o de “un acto que trascienda el mero contacto virtual”, pero no dejan de ser fórmulas que poco dicen, pues no resulta nada fácil determinar qué hayan de ser esos actos materiales, ni mucho menos que actos pueden integrar ese acercamiento²²⁰.

Como ya se ha señalado *supra*, el comportamiento tipificado tiene una naturaleza material de acto preparatorio, de modo que se sitúa en un momento previo al inicio de la ejecución de uno de los delitos planeados por el autor. Autores como TAMARIT SUMALLA, establecen que en el caso de que se haya ido más allá en la realización de su plan y cometa alguno de los delitos proyectados, –ya sea en grado de tentativa o de consumación”, el delito del artículo 183 ter 1 quedará absorbido por el delito principal, según la regla general del artículo 8.3 del Código Penal, siempre que tal comportamiento no hubiera afecta además a otros menores que finalmente no son objeto de abuso o agresión²²¹.

²¹⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra la libertad...”, Ob. cit., p. 259.

²¹⁸ Vid. DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito...”, Ob. cit., p. 7.

²¹⁹ MARTÍN LORENZO, M.: “Delito de ciberacoso sexual”, *Memento experto: reforma penal 2010*, A.A.V.V., Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 104.

²²⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Acoso sexual cibernético...”, Ob. cit., p. 172.

²²¹ En un sentido análogo, TAMARIT SUMMALA, J.M.: “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores”, *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, 2010, p. 172.

En un sentido distinto, GÓMEZ TOMILLO entiende que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios de los delitos de los artículos 183 y 189 como actos de tentativa de los mismos delitos, lo que le lleva a sostener que debería optarse por la regla de la alternatividad del artículo 8.4 del Código Penal en caso de que la aplicación del artículo 183 ter privilegiara la respuesta penal frente a una tentativa de delito del artículo 183²²².

A nuestro juicio, la cláusula concursal del artículo 183 ter 1, que permite la aplicación de este precepto *sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*, omite el planteamiento de este autor, ya que se aplicarían las penas previstas en este precepto y la de los delitos cometidos en grado de tentativa, en concurso real de delitos. No obstante, tenemos que reconocer que en la práctica, sería difícil diferenciar los actos constitutivos de este delito y los de tentativa de los artículos 183 y 189 del Código Penal²²³.

De esta forma, en los términos previstos en el artículo 183 ter 1, se castiga sólo el contactar con un menor, siendo indiferente que el autor consiga entrevistarse con el menor u obtenga de él fotografías o imágenes, o consiga realizar con él actos de naturaleza sexual. Entendida así la cuestión, si el acosador y el menor llegan a encontrarse y no sucede nada, el primero sólo habrá cometido el delito de *child grooming*; y si llega a materializarse un acto de carácter sexual surgirá un concurso medial entre aquel delito y el posterior realizado contra la libertad e indemnidad sexuales²²⁴.

Pero no quedan ahí los problemas interpretativos que se derivan del texto; además, esa propuesta de concertación de un encuentro ha de ser para cometer cualquier de los delitos descritos en los artículos 183 y 189. Con respecto a este último precepto, TAMARIT SUMALLA afirma que la remisión *in totum* al citado artículo plantea el problema de interpretar a cuales de las múltiples conductas

²²² GÓMEZ TOMILLO, M.: “Comentario al artículo...”; Ob. cit., pp. 709 ss. En cambio, otros autores consideran esta solución más que dudosa. Sobre ello, más detalladamente Vid. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, V.: “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-06, 2014, pp. 6 ss.

²²³ DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito...”, Ob. cit., p. 8.

²²⁴ Así por ejemplo, si se obtienen imágenes del menor que pudieran ser calificadas de pornográficas, el acosador puede incurrir en el delito de tenencia de material pornográfico para el propio uso o de difusión de dicho material si las cuelga en la red.

tipificadas en este precepto se refiere el tipo. La falta de taxatividad contrasta con lo previsto en el artículo 23 de la Convención Europea, que limita estrictamente el alcance de la remisión a los supuestos de producción de pornografía infantil, dejando fuera de ella el resto de comportamientos delictivos relacionados con esta clase de pornografía, distribución o posesión.

Parece razonable, pues, abogar por una interpretación restrictiva que evite el riesgo de atribuir relevancia típica al hecho de pretender tan sólo exhibir o facilitar material pornográfico al menor para uso de éste o posterior difusión a otras personas. Así, sólo quedarían abarcadas por el tipo de acoso sexual mediante TICs del artículo 183 ter 1, la captación o utilización de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico (conductas previstas en el artículo 189.1.a) del Código Penal²²⁵.

En sede de culpabilidad, la figura delictiva analizada exige para su configuración por parte del autor, la exigencia de un dolo directo que abarque todos los elementos de la infracción, aunque en la práctica, puede resultar muy complicado probar que el dolo del autor abarca la minoría de edad del sujeto pasivo, no pudiendo aplicar los criterios utilizados por la jurisprudencia en el resto de los delitos de este Título para probar el conocimiento de la edad de la víctima. En el tipo concreto que nos ocupa, al no existir un contacto, en ocasiones, siquiera visual con el menor real, se pierden las posibilidades que ofrece la percepción física, por lo que los criterios han de ser otros, como por ejemplo, la presencia de determinados datos, o alusiones a la edad del menor en el texto que acompaña a los envíos (...) ²²⁶.

En todo caso, quedan al margen del tipo, las formas imprudentes de comisión, no sólo porque carecen de tipificación legal expresa (artículo 12 CP), sino también por la estructura típica del delito.

²²⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Los delitos sexuales...”, Ob. cit., p. 172. En este sentido, MUÑOZ CONDE, afirma que se podría dar una superposición de regulaciones entre el artículo 183 bis y alguna de las conductas previstas en el artículo 189.1.a), en cuyo caso sería de aplicación preferente este último, al estar más gravemente penado. Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 240.

²²⁶ Vid. entre otros, CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: “Delitos contra la libertad...”, Ob. cit., p. 440.

En lo que al error respecta, la creencia errónea de que los sujetos con los que se ha contactado son mayores de edad, constituye un error de tipo que impide el castigo penal, tanto si es invencible –que excluye la responsabilidad criminal–, como si es vencible, –al no estar castigadas las formas imprudentes–. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de octubre de 2013 en un supuesto en el que el acusado de 21 años contacta con una menor de 12 –pero que manifestó tener como mínimo 14–, a través de la red social Tuenti; el acusado y la menor llegaron a encontrarse y mantener relaciones sexuales, lo que le produce a la menor un embarazo ectópico, descubriéndose la situación cuando ésta debe ser hospitalizada e intervenida de urgencia a causa de dicha dolencia. El Tribunal absuelve tanto del delito de abuso sexual contemplado en el artículo 183, como del delito de *child grooming* tipificado en el artículo 183 bis del Código Penal, argumentando que el acusado desconocía que la menor tuviese menos de 13 años, ya que ésta para poder registrarse en la mencionada red social había mentido acerca de su edad, indicando que ya contaba con 14 años²²⁷.

En un sentido distinto, la Sentencia del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013²²⁸, confirmada posteriormente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 3 de octubre de 2013²²⁹, condena por un delito de *child grooming* del artículo 183 bis a un menor de 17 años que había contactado, mediante la red social Tuenti con una menor de 12 años, pero que para registrarse en la citada plataforma, había indicado tener 14. En este caso, no llega a producirse el encuentro entre victimario y víctima, pese a que el acusado remite a la menor varios mensajes –también a través de whatsapp–, intentado quedar con ella para tener contacto sexual, así como solicitándole el envío de fotografías de la menor en ropa interior. Para el órgano jurisdiccional, la cuestión se centra en determinar si hay error de prohibición sobre un elemento esencial del tipo, cual es la edad, que si es invencible, excluye la atipicidad, y si es vencible, la culpabilidad, condenando en todo caso al acusado al afirmar que

²²⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 722, de 24 de octubre.

²²⁸ Vid. Sentencia del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013 (ARP/2013/1691). Ponente: M^a de los Ángeles Lamas Méndez.

²²⁹ Vid. SAP de Ourense de 3 de octubre de 2013. Ponente Sr. D. Manuel Cid Manzano, que confirma la dictada por el Juzgado de Menores de 13 de mayo de 2013.

la menor había señalado en varias ocasiones cuál era su edad real cuando se negaba a satisfacer las demandas del mismo. Resulta de interés señalar que el equipo de profesionales adscritos al juzgado de Menores esbozó la personalidad del joven, así como los avatares que tuvo que soportar durante su infancia y adolescencia, circunstancias que pudieron determinar su conducta delictiva²³⁰.

Particulares problemas suscita también la previsión de una modalidad agravada según la cual “*las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”²³¹. El legislador incrementa la pena por el uso de medios específicos en la ejecución que aumentan el desvalor de la conducta, sin embargo, al igual que ocurre en otros lugares del Código, se ha construido un tipo cualificado con lo que, en la *praxis*, será la dinámica habitual de estos comportamientos, –especialmente por lo que se refiere al engaño–, pues es frecuente que la propuesta vaya acompañada de algún medio o ardid capaz de conseguir que el menor acceda a lo solicitado²³². En esta línea, autores como GONZÁLEZ TASCÓN han señalado que el engaño dejaría, en gran medida, sin contenido el tipo básico, dado que lo normal en el *modus operandi* de este delito es que el sujeto activo se sirva de este elemento, por lo que para que esto no ocurra, y tomando en consideración que el engaño que motiva la agravación de la pena tiene que ser la causa de que el acercamiento se lleve a cabo, cabría realizar una interpretación restrictiva del mismo, en el sentido de que éste solo adquiera relevancia penal cuando se oculta a la víctima la verdadera razón del acercamiento, esto es, la pretensión del sujeto activo de cometer alguno de los delitos que señala el tipo²³³.

En cuanto a la interpretación de los otros dos términos, por un lado, la intimidación debe ser valorada en el contexto de un acto di-

²³⁰ Según los hechos probados de esta causa, M.S.M. “presenta un comportamiento antisocial en la niñez y la adolescencia en el marco de un menor que presenta problemas relacionados con hechos negativos en la niñez, y problemas relacionados con el grupo de apoyo, incluidas las circunstancias familiares”.

²³¹ Esta previsión tampoco se exige ni en el Convenio de Lanzarote ni en la Directiva 2011/92/UE, por lo que un sector de la doctrina ha abogado por su desaparición.

²³² Como engaño, puede tenerse en cuenta el hecho de que el acosador mayor de edad simule tener una edad próxima a la de la víctima; o hacerse pasar por un conocido del menor.

²³³ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, p. 252.

rigido a evitar que el menor interrumpa el contacto o informe del hecho a sus padres o acepte un encuentro, como por ejemplo, amenazar con avisar a los padres sobre determinados aspectos de su intimidad a los que haya conseguido tener acceso, teniendo en cuenta la edad y circunstancias de la víctima para doblegar la resistencia del menor. Por otro lado, en virtud del principio *ne bis in idem*, habría que descartar el castigo por un delito de amenazas (artículos 169-171 CP) o de coacciones (artículo 172 CP), entrando en juego el artículo 8.1 del mismo texto legal, que descarta la aplicación de los otros números del mismo precepto.

En lo que a la pena se refiere, el proyectado artículo 183 ter 1 del Código Penal mantiene la misma penalidad que el delito de *child grooming* tiene en la actualidad, esto es, pena de prisión de 1 a 3 años alternativa con multa de 12 a 24 meses. En este sentido, se ha de señalar que dicho marco punitivo no cumple con las exigencias contenidas en la Directiva 2011/92/UE, cuyo artículo 6 exige que la pena privativa de libertad prevista para tales conductas tenga duración máxima de al menos un año –lo que sí cumple la pena de prisión del artículo 183 ter 1–, pero no se contempla que la misma pueda preverse alternativamente con pena pecuniaria.

Finalmente, la comisión del delito analizado, además de la pena prevista, determinará la imposición de la libertad vigilada, medida de seguridad fruto de la reforma penal de 2010 que se basa en la idea de la existencia de un pronóstico negativo de reinserción social. Según establece el artículo 192.1: “(...) a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en el Título VIII se les impondrá, además, la medida de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”.

III. EL DELITO DE SEXTING EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

Como ya se ha indicado *supra*, junto a la conducta de *child grooming* hasta el momento prevista, se contempla ahora en la Ley Orgánica

de 2015 –en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Directiva 2011/92/UE– la previsión de un segundo número el artículo 183 ter, que castiga el denominado “embaucamiento”, y en virtud del cual se impone una pena de prisión de seis meses a dos años “(...) *al que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor*”.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 2015 establece que: “(...) *la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de comunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años –error que no se ha corregido–, y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas*”.

Conforme a lo anterior, se puede afirmar que nos encontramos ante un delito de peligro en el que vuelven a adelantarse las barreras de protección del Derecho Penal con el fin de eliminar cualquier injerencia no deseada en el adecuado proceso de formación en materia sexual. En lo que a su estructura se refiere, se trata de un precepto similar al anterior tipo delictivo: hay un contacto a través de las TICs, un menor de dieciséis años, y una realización de actos tendentes a la satisfacción de una finalidad sexual. Concretamente, en este apartado segundo esos actos deben ir dirigidos a un embaucamiento para que el menor proporcione o muestre imágenes pornográficas al sujeto activo, lo que provoca el problema de dotar de contenido a un verbo “embaucar” hasta ahora inédito en la legislación española.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, embaucar es “engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado”, de modo que entendemos que se trata de una conducta sustancialmente similar a la del engaño, pero con el matiz de que éste recae sobre personas (los menores de dieciséis años) que de algún modo se entiende que son inexpertas o candorosas en el ámbito sexual. De este modo, no cualquier ardid puede subsumirse en el “embaucamiento”, sino que debe tratarse de un engaño en el que una persona a la que presumimos experta en lides sexuales –un adulto medio–, no hubiese caído. La duda que se

suscita es la de si debemos presumir esa inexperiencia o si, por el contrario, habrá de acreditarse la ingenuidad del menor contactado, con los consiguientes problemas de prueba que se plantean.

Por otra parte, y como es lógico, quien contacte con el menor no resultará punible de acuerdo con este precepto (sí, en su caso, por cualquiera otros relacionados con material pornográfico de menores) si es el propio menor el que *motu proprio* envía el material visual.

En cuanto al resto de elementos delictivos, hay que destacar que este novedoso precepto trae causa –al igual que en su día, el apartado 1 de este 183 ter– del artículo 6.2 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que señala lo siguiente: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor*”.

Como se puede observar, existen notables divergencias entre el contenido de la Directiva y la plasmación que el legislador de 2015 le ha dado a través del apartado segundo del artículo 183 ter, lo que nos permite realizar un análisis crítico del precepto, a la luz de las diferencias que se aprecian entre ambos textos normativos.

En primer lugar, la Directiva habla de un “adulto” mientras que el artículo 183 ter apartado segundo no realiza esta precisión, y por consiguiente, podría ser aplicado a autores menores de edad, sobre todo, porque la cláusula contenida en el artículo 183 quáter no parece que pueda entrar en juego, al resultar incompatible el “consentimiento libre” que se exige en el artículo 183 quáter con el “embaucamiento” propio del artículo 183 ter²³⁴. Esto, a nuestro juicio, resulta criticable, toda vez que el *sexting* es una práctica habitual entre los adolescentes españoles, y si bien conlleva indudables problemas, la intervención penal en este ámbito –cuando se trata de menores–, podría resultar más que contraproducente, como también ha señalado el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica.

²³⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 443.

Respecto a la edad del menor, el precepto es claro al hacerlo coincidir, con buen criterio, con el reconocimiento de la capacidad para consentir en materia sexual –dieciséis años–. Sin embargo, el Preámbulo de la Ley, cuando anuncia la creación de un nuevo tipo penal, lo hace refiriendo “*un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años (...)*”, por lo que nos encontramos ante una discordancia con el articulado en la edad del sujeto pasivo, que entendemos, por propia lógica–, se ha debido a un error del legislador.

En segundo lugar, obsérvese que la Directiva antes mencionada castiga el embaucamiento con la finalidad de obtención de material pornográfico del menor contactado (dicho menor), mientras que el artículo 183 ter, en su versión definitiva, habla de “un menor”, de suerte que será de aplicación este precepto aún cuando las fotografías o videos que el autor solicite al menor embaucado no sean propios, lo que a todas luces, y por muchas razones, puede resultar perturbador²³⁵.

Surge aquí, pues, la cuestión más preocupante de todas: el menor que habiendo sido embaucado a través de las TICs, accede a la petición y envía una fotografía sexual de otro menor ¿no comete a su vez un delito de distribución de material pornográfico de menores? En el peor de los casos, un menor de catorce años que contacte con otro menor de quince y lo embaucque para que le envíe una fotografía de un menor de 17 años, cometerá el delito del artículo 183 ter apartado segundo; pero si el menor contactado procede al envío, ambos serán condenados por un delito del artículo 189, y el adolescente de quince años pasará de víctima a victimario. Dos menores, en suma, se verán sujetos a disposiciones del Código Penal y la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores en una especie de delito pluripersonal anómalo.

Asimismo, se ha de destacar que la Directiva señalaba que se debía castigar “*cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3 (delitos relacionados con la pornografía de menores) embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consenti-*

²³⁵ A este respecto, Vid. MIRÓ LINARES, F./MORÓN LERMA, E./RODRIGUEZ PUERTA, M.J.: “Child grooming: artículo 183 ter CP”, *Álvarez García, J. (Dir.), Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, p. 657.

miento sexual (...)”, por lo que su transposición al ordenamiento interno español (este artículo 183 ter apartado segundo) ha resultado, a la postre, innecesaria. Esto es, el precepto que aquí analizamos no deja de ser en la práctica una tentativa de un delito de pornografía de menores del artículo 189, toda vez que en éste se castiga captar o utilizar a menores de edad “*con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte*”.

De este modo, entendemos que una conducta como la descrita en el nuevo artículo 183 ter apartado segundo ya era punible en cuanto tentativa del artículo 189, y por tanto, la introducción de esta novedad legislativa no aporta nada a lo ya existente, –más allá de las cuestiones puramente penológicas–, existiendo ya mecanismos legales anteriores para castigar tales conductas.

En segundo lugar, en relación a lo anterior, y dado que el precepto no incluye una cláusula concursal como sí lo hace el apartado anterior, entendemos que si el autor del embaucamiento recibe, efectivamente, material pornográfico de algún menor, no será de aplicación ya el artículo 183 ter, apartado segundo, sino el artículo 189, por el principio de consunción (artículo 8.3 CP).

Por último, en lo que respecta a la pena, este precepto lleva aparejada una pena de prisión inferior a la del apartado primero, ya que no exige una propuesta de encuentro ni actos materiales tendentes a conseguirlo, por lo que su potencial lesivo para los bienes jurídicos del menor es teóricamente inferior. Asimismo, hay que destacar que la pena privativa de libertad del apartado primero es alternativa a una pena de multa, algo que no sucede en el apartado segundo, lo que resulta incoherente con el planteamiento general de estos delitos, pues una persona que ha contactado con un menor, le ha propuesto un encuentro para agredirle sexualmente y ha realizado actos materialmente tendentes a encontrarse con él puede ser castigado con una pena de multa, mientras que quien realiza actos dirigidos a embaucar a ese mismo menor para obtener una fotografía sexual, recibirá inexcusablemente una pena de prisión.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO POR BULLYING, CIBERBULLYING Y ACOSO CON ELEMENTOS SEXUALES

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE DERIVA DE LAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS (ILÍCITO PENAL O ILÍCITO CIVIL)

1. Consideraciones generales

Las conductas de *bullying* y *ciberbullying*, en todas sus manifestaciones –directas e indirectas–, son penadas conforme a diversos tipos delictivos, como ya se ha señalado, aunque puede constituir sólo un ilícito civil. De forma paralela, el modificado delito de *child grooming* (artículo 183 ter 1 CP), la regulación *ex novo* del delito de acoso permanente (artículo 172 ter CP), y el *sexting* (artículo 183 ter 2 CP), comportan un cuerpo legal relevante en el que se subsumen numerosas conductas habituales perpetradas en el periodo de la infancia y adolescencia.

Por lo que ahora nos interesa, estas conductas antijurídicas, además del reproche criminal que merecen, conforme a la legislación penal del menor (LORPM), producen un *daño* efectivo que nadie tiene obligación de soportar (menos, un menor de edad); por lo que ese daño, injustamente causado, da lugar al nacimiento de la correspondiente responsabilidad civil, donde estarán implicados uno o varios menores (agresores y víctimas), sus progenitores o representantes legales y guardadores.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten una pluralidad de regímenes jurídicos “injustificables” que disciplinan una misma realidad jurídica en materia de Derecho de daños. Analizaremos en las líneas siguientes, el régimen que disciplina la responsabilidad civil derivada del acoso escolar, en función del tramo de edad del menor y en función de si la legislación a aplicar es la civil (menores de 14 años) o la derivada de la LORPM (14 a 18 años)²³⁶. Diferencias sustantivas y procesales también, en función de si el hecho ilícito causante del daño y en que se subsumen las conductas de acoso escolar o ciberacoso está o no tipificado penalmente, (ilícito penal o ilícito civil). Lo que, como se ha señalado, dará lugar a la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados y a órdenes jurisdiccionales distintos (civil, contencioso y jurisdicción de menores) para su enjuiciamiento; ya sea condenado el Centro docente (público, privado o concertado); la propia Administración Educativa o los padres del menor o menores infractores. Ya en los supuestos de conductas tipificadas como *child grooming* y en las conocidas como *sexting* y otras modalidades delictivas perpetradas mediante móviles y dispositivos tecnológicos, la responsabilidad civil y consiguiente reparación (compensación) del daño, vendrá conformada en líneas generales por la regla del art. 61.3 LORPM, que establece la responsabilidad solidaria del menor infractor con los progenitores.

2. Conductas antijurídicas de acoso y prevalencia por tramos de edad del menor

Las conductas de *bullying* y *ciberbullying*, comportan un acoso entre iguales (simetría horizontal en la relación), por lo que los implicados serán siempre menores de edad. En cambio, en el delito de *child grooming*, donde existe una intención sexual, el acosador es generalmente un mayor de edad, (relación jerárquica), aunque no siempre, al no excluirlo el tipo expresamente; y el acosado, es siempre un menor. De ahí que en la *praxis* judicial sólo exista hasta la fecha una sentencia que se pronuncia sobre este tipo penal donde los implicados son dos menores de edad (víctima y agresor). En consecuencia, la conducta del *child grooming* que se pretende castigar en el artículo 183 ter 1 CP

²³⁶ Vid. más ampliamente PÉREZ VALLEJO, Ana M^a “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. IV (2015), pp. 1378-1452.

puede implicar a menores de edad; esto es, cuando sea un menor el que lleve a cabo acciones deliberadas con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre otro menor, con el fin de preparar el terreno para el posterior abuso sexual²³⁷. En el caso de *sexting*, tipo regulado *ex novo* en el art. 183 ter 2 CP (difusión de imágenes o videos de contenido sexual a través de las TICs) son cada vez más los casos que conocemos en los que los implicados son menores de edad (agresor y víctima). Como hemos visto en líneas anteriores, los riesgos que lleva aparejada esta práctica no son del todo conocidos por los menores, pues una vez realizadas y compartidas las imágenes, el adolescente pierde el control sobre las mismas, por lo que podrán ser difundidas sin su consentimiento²³⁸, con el consiguiente perjuicio para su derecho a la intimidad, a la propia imagen y a otros derechos fundamentales²³⁹. En este sentido, es habitual que la primera difusión la haga voluntariamente el propio menor (protagonista), pero el problema será cuando quien recibe las fotos o vídeos, las transmita o reenvíe a otras personas sin el consentimiento de su titular.

Hecha esta precisión, esbozamos por el momento el régimen regulador de responsabilidad civil, en función del tramo de edad del menor y en función de si la legislación a aplicar es la civil (menores

²³⁷ El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La ley se refiere a Internet, teléfono o cualquiera otra tecnología de información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen conexión a internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Internet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse. Vid. STS de 24 Febrero 2015 (RJ 2015/1405).

²³⁸ El artículo 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo de Protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen dice que el consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil". En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento habrá de otorgarse por su representante legal (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, y art. 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

²³⁹ El derecho a la propia imagen, art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación. La representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal (art. 5-1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

de 14 años) o la derivada de la LORPM (14 a 18 años). Reseñamos deliberadamente en cada uno de los tramos de edad, la prevalencia de las conductas antijurídicas cometidas por menores y adolescentes, observando cómo de forma progresiva y cada vez, a más temprana edad, aumentan las conductas de acoso cometidas a través de las TICs.

a) *Menores de 14 años*

Los menores de 14 años edad son inimputables penalmente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 LORPM: “*Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá la responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes. En este tramo de edad “se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes”.* Además, la responsabilidad civil derivada de las conductas de *acoso escolar*, estén o no tipificadas penalmente, se regirá por las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual.

Un breve apunte nos lleva a señalar la importancia de este tramo de edad, particularmente en el caso de conductas de acoso escolar. Y es que, según el Informe del Defensor del Pueblo (1999-2006)²⁴⁰, el comportamiento de acoso es más importante en la educación primaria y va descendiendo desde un 43 % en segundo curso de esta etapa, hasta un 6% en segundo curso de bachillerato. De forma paralela, los datos extraídos del Informe Cisneros X sobre “Acoso y Violencia Escolar” (OÑATE y PIÑUEL, 2006), constatan que en España, un 23.4% de los alumnos matriculados entre segundo de primaria y primero de bachillerato eran víctimas de *bullying* y señala como edades más conflictivas, la de los 11 a los 14 años, disminuyendo a partir de esta edad. Datos que se confirman en la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015) al señalar que gran parte de los casos de acoso escolar son protagonizados por menores que no han alcanzado

²⁴⁰ Vid. Informe del Defensor del Pueblo. *Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria (1999-2006)*. Nuevo estudio y actualización del Informe 2000. Madrid, 2006 p. 94. Este nuevo informe realiza un estudio comparativo entre los resultados que se obtuvieron en 2000, ahora con una muestra de 600 centros públicos, privados y concertados de todo el territorio nacional.

los catorce años;²⁴¹ al igual que sigue percibiéndose un uso inadecuado de móviles *smartphone*, cada vez más incluso entre menores que no llegan a catorce años²⁴² y que se han incrementado las conductas de sexting entre menores de esas edades.²⁴³

Por lo que una edad acorde con estas cifras revela que existe una importante franja de menores de 14 años, a los que no se le exigirá responsabilidad penal, ni tampoco la responsabilidad civil derivada de sus actos con arreglo a la LORPM; sino que la reparación de los daños derivados de sus conductas de acoso, ciberacoso y sexting, estén o no tipificadas penalmente (art. 3 LORPM) se regirá por las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual: responsabilidad directa o por hecho propio (art. 1902 C.c.) y responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1903 C.c.). Cabe significar al respecto que, el que pueda o no apreciarse en un menor de 14 años responsabilidad civil (directa o por hecho propio) conforme al art. 1902 C.c., admitiría matices según la edad como precisaremos después.

b) Menores entre 14 y 18 años

Los menores, mayores de 14 años y menores de 18 años, son penalmente imputables y civilmente también. El artículo 19 CP aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija la mayoría de edad penal en los 18 años. La responsabilidad penal (especial) que afecta a estos menores se encuentra regulada en la menciona-

²⁴¹ Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015) Apartado 6.- Menores 6.2.2.1. Referencia a delitos en particular, apartado g) Violencia en el ámbito escolar. Sobre el particular se insiste en la labor de detección y prevención por parte de los centros escolares sigue siendo fundamental, sobre todo al seguirse evidenciando que gran parte de los casos son protagonizados por menores que no han alcanzado los catorce años. Y en el apartado de “Temas específicos de obligado tratamiento”, (...) “Vizcaya indica, como novedad, que en los casos de *bullying* archivados por ser los autores menores de catorce años, se abren expedientes de protección para el seguimiento de las víctimas, instando a los centros docentes a tomar las medidas oportunas para preservar el bienestar de los menores”.

²⁴² Vid. Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015) Apartado 6.- Menores 6.2.2.1. Referencia a delitos en particular, apartado h) Delitos cometidos o difundidos por vía informática.

²⁴³ Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015) Apartado 6.2.4 Temas específicos de obligado tratamiento. “Se constata por varias Fiscalías que se han incrementado entre menores de edades inferiores a catorce años los casos de violencia filio parental (León, Pontevedra) y conductas de sexting (Guipúzcoa)”.

da Ley Orgánica 5/2000 (LORPM) reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. A este respecto, el artículo 1.1 LORPM señala que: *“Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”*²⁴⁴. En consecuencia, la LORPM convierte a los menores infractores, incluidos en esta franja de edad, en responsables criminales y civiles también.

En el caso de *acoso escolar* y en sede de jurisdicción de menores, contamos con varios supuestos en que los hechos son cometidos por menores en esta franja de edad; a veces, junto a otros menores de 14 años, en este caso inimputables. Así ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de enero de 2015²⁴⁵, que confirma la dictada en el Juzgado de Menores de Logroño, y por la que se condena a uno de los menores (mayor de 14 años) a un delito contra la integridad moral (artículo 173.1 CP); y si bien actuó en unión a seis menores, estos no fueron expedientados por tener en la fecha de los hechos menos de 14 años. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de octubre de 2010²⁴⁶, se admite como probados una serie de hechos prolongados en el tiempo que se identifican con el acoso escolar e integran el tipo delictivo (artículo 173.1 CP) imputable a dos menores incluidos en esta franja de edad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de noviembre de 2013²⁴⁷, donde de los once menores imputados (todos ellos de entre 14 y 18 años), sólo algunos fueron absueltos del delito contra la integridad moral (artículo 173.1 CP). La sentencia del Juzgado de Menores de Donostia-San Sebastián, del 12 de mayo de 2005²⁴⁸, (caso Jokin), que condenó a 8 de los menores imputados por un delito contra la integridad moral (artículo 173.1 CP); y a los otro cuatro imputados, a

²⁴⁴ Suprimidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

²⁴⁵ Vid. SAP de la Rioja (Sección 1^a) núm. 2/2015 de 8 enero (ARP/2015/112). Ponente: Fernando Solsona Abad.

²⁴⁶ Vid. SAP de Castellón de 21 de octubre de 2010 (JUR\2011\65648). Ponente: Carlos Domínguez.

²⁴⁷ Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1^a), núm. 209/2013 de 15 noviembre (JUR\2014\3749) Ponente: Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

²⁴⁸ Vid. Sentencia del Juzgado de Menores de 12 de mayo de 2005, núm. de Recurso 310/2004 (Ref. La Ley Juris 575049/2005). Ponente Ilmo. Sr. Uranga Mutuberría.

una falta de lesiones. Todos los menores contaban con 15 años de edad, excepto uno que tenía 16 años.

Reviste especial interés este tramo de edad (14 y 18 años) en lo que se refiere a la aparición de los nuevos delitos de acoso con elementos sexuales perpetrados *on line* a través de las redes sociales como Twenti, Facebook o por WhatsApp.

En el caso del *child grooming* entre iguales, por su excepcionalidad, cabe citar la única sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013²⁴⁹, donde acosador y víctima son menores de edad. De los hechos probados resulta que en la fecha de comisión del delito, el acusado, –un joven de 17 años de edad (sólo le faltaban tres meses para la mayoría de edad)– acosó a una menor de 12 años; éste le pidió que le enviara fotografías íntimas y le propuso en más de una ocasión mantener relaciones sexuales utilizando la aplicación de mensajería telefónica “whatsapp”. El acusado y la adolescente se habían conocido en la red social “Tuenti”. Tras mantener varias conversaciones, se intercambiaron los números de teléfono y empezaron a mantener charlas a través de la aplicación de mensajería. Empezó así a enviarle reiterados whatsapps proponiéndole quedar con ella para realizar actos sexuales²⁵⁰.

Sobre el particular cabe reseñar –a modo de alerta– los resultados de un estudio realizado a una muestra de menores de entre 11 y 16 años en el marco del Proyecto europeo EU Kids online²⁵¹. La investigación arroja los siguientes datos: el 11% de los entrevistados han visto imágenes sexuales por Internet y el 9% han recibido o visto mensajes sexuales; resultando más preocupante cómo el 21% de los

²⁴⁹ Vid. Sentencia del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013 (ARP 2013\1691).

²⁵⁰ El acoso se remonta a septiembre de 2012. El día 2, a las 12,04 horas, el joven hizo comentarios a la víctima sobre asuntos sexuales aun después de que esta se negara a quedar con él basándose precisamente en la diferencia de edad que existía entre ambos. El mismo día, solo dos horas más tarde, el joven pide a la adolescente que le enviara una foto en ropa interior. Además, le remitió una imagen de un pene en erección. A sabiendas de que la niña “tenía 12 años pues ésta se lo “hizo saber con reiteración, incluso en tono airado y recriminatorio, “el imputado prosiguió en su actuación de hostigamiento de carácter lascivo, promoviendo sin disimulo ni reparo el contacto personal y sexual con la menor”.

²⁵¹ Este estudio realizado en la Universidad del País Vasco puede consultarse en: http://www.prentsa.ehu.es/p251-content/es/contenidos/noticia/20110328_internet_kids/es_interkid/adjuntos/Informe_Espa%C3%B1a_completo_red.pdf

niños entrevistados han tenido contacto online con alguien que no han conocido cara a cara, y el 9% han acordado un encuentro con alguien que han conocido solo a través de Internet, siendo los menores de entre 13 y 16 años los más proclives a estas conductas.

En el caso de conductas conocidas como *sexting*, se alerta desde distintos sectores, que el envío de fotos comprometidas, es una de las acciones más comunes en adolescentes incluidos también en este tramo de edad. Según los datos publicados en la guía sobre sexting del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (Inteco) y Pantallas Amigas, el 8,1% de los adolescentes españoles de 10 a 16 años reconoce haber recibido en su teléfono móvil fotos o vídeos de chicos o chicas conocidos en una postura sexy. El 4% reconoce haber protagonizado este tipo de imágenes²⁵².

Como se ha expuesto, en la nueva reforma del CP se añade el «embaucamiento» a través de las TICs a menores de 16 años en el artículo 183 ter. Por su reciente entrada en vigor no tenemos casuística judicial, a excepción de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 5 de junio de 2014, que revocando la anteriormente dictada por el Juzgado de menores de Granada, estimó que *“la difusión vía WhatsApp por menores receptores de la imagen de otra menor desnuda con un alto contenido sexual, es un hecho atípico cuando es la propia menor la que envía el mensaje”*. La Sala alude expresamente al *sexting*²⁵³, y asimismo alude a su próxima regulación, pero considera que en el caso de autos *“la difusión de las imágenes por sus receptores no encuentra encaje o no puede quedar subsumido, tal y como hizo la sentencia recurrida, en el tipo del art. 197 del CP, esto es, en el delito de descubrimiento y revelación de secretos (...)”*. La sentencia de instancia no fija, de entre todas las conductas posibles, cuál es la que se corresponde con los hechos declarados probados. Para la Sala la razón de ello es que *“los hechos no encajan en ninguna de dichas conductas por muy execrables que nos puedan parecer, y lo son”*.

²⁵² Vid. Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INTECO). Disponible en: https://www.incibe.es/guias/Guia_sexting

²⁵³ La Sentencia lo define como *“el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y, que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre”*. Vid. SAP de Granada de 5 de junio de 2014 (JUR/2014/258699). Ponente: Aurora M^a Fernández García.

Sin embargo, conductas como las anteriormente descritas, se han encajado hasta ahora, en tipos delictivos como atentado contra la integridad moral, vejaciones injustas o ilícito contra los derechos a la intimidad y propia imagen, coacciones y amenazas, descubrimiento y revelación de secretos, distribución de pornografía infantil etc. Con la particularidad de que, en ocasiones, cuando las imágenes son difundidas, puede originarse un proceso de *ciberbullying* en el entorno escolar. Compañeros del menor pueden utilizarlas para mofarse, hacer comentarios dañinos sobre su persona, (...) provocando un largo etcétera de padecimientos que ningún menor tiene obligación de soportar. Resulta preocupante comprobar cómo aumenta el uso de redes sociales (Tuenti, Facebook o Twitter) como plataformas para la comisión de violencia escolar entre menores que se conocen dentro del mismo círculo educativo.²⁵⁴

Cabe referirnos al respecto, a algunos supuestos en los que ha recaído resolución judicial, con encaje en distintas figuras delictivas, ante la difusión de imágenes comprometidas o de claro índole sexual y que posteriormente han ocasionado un proceso de *ciberbullying* al ser difundidas en el entorno escolar. Los autores de las conductas se encuentran en esta franja de edad (14-17 años), por los que fueron juzgados en la jurisdicción de menores.

- La Sentencia del Juzgado de Menores de Lérida de 20 de marzo de 2014²⁵⁵ viene a referirse a un supuesto en que se condena por coacciones a un menor, quién había pedido a la también menor (...) que le enviara una foto de ella desnuda. Después le pediría que le enviara muchas más, bajo amenaza de que en caso contrario divulgaría la foto que primeramente le había enviado. Dichas fotografías fueron luego difundidas entre los alumnos del Instituto de Educación Secundaria Arrels al que asistía la menor, y del Instituto Francesc Vilalta, en el que estudiaba el joven.
- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de abril 2014²⁵⁶, condena a un menor de 16 años por un de-

²⁵⁴ Vid. Fiscalía Superior de Andalucía Memoria Anual de actividades (2013).

²⁵⁵ Vid. Sentencia del Juzgado de Menores de Lérida de 20 de marzo de 2014 núm. 47/2014 de 20 marzo (JUR 2015\20698) Ponente: Esperanza García del Ordi.

²⁵⁶ Vid. Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) de abril de 2014 (ARP 2014\569). Ponente: Ernesto Sagullo Tejerina.

lito de coacciones y amenazas a su novia de 16 años y se le absuelve del delito de corrupción de menores. El menor coaccionó a la chica para que le enviara una foto desnuda por Internet. Después de que ella accediera, volvió a amenazarla con difundir la imagen por la red y pegarla en las paredes del instituto donde estudiaba si no accedía a sus pretensiones sexuales. Aunque no llegó a hacer esto último, la instantánea semidesnuda de la chica sí se difundió por redes sociales, entre ellas Tuenti.

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 3^a), de 23 de marzo de 2012, condena a un menor por un delito de descubrimiento y revelación de secretos y se le absuelve del delito de corrupción de menores. Utilizando para ello su teléfono móvil, hizo dos fotos a un menor, mientras el mismo estaba desnudo, secándose, después de haber tomado una ducha tras finalizar un partido, en el que participaron los dos menores. Posteriormente y sin que mediara autorización del menor fotografiado, descargó ambas fotografías en la plataforma social de comunicación Tuenti, abierta con su propio nombre; página que resultó posteriormente visitada por gran número de chicos (...).

c) *Menores emancipados*

Ab initio, en el caso de acoso escolar, *ciberbullying*, *grooming* y *sexting*, esta cuestión no se ha planteado en ninguna de las sentencias consultadas. No obstante, de darse, puede repercutir en el régimen de responsabilidad solidaria instaurado en el artículo 61.3 LORPM y también, en el régimen de responsabilidad de los padres y tutores prevista en el art. 1903 C.c. Precisamente, cabe traer a colación una cuestión referida a las dudas suscitadas sobre la responsabilidad civil de padres y tutores, cuando el menor infractor de estas y otras conductas está *emancipado*. La Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, viene a dar respuesta a la cuestión, distinguiendo dos supuestos: a) Cuando el menor emancipado lo está por vida independiente consentida por los padres (*emancipación tácita* prevista en el artículo 319 C.c.), “*en tanto no se extingue la patria potestad, no debiera tampoco eximir a los pa-*

*dres de responsabilidad. Además de este fundamento, podría argumentarse que precisamente la comisión del delito generador de responsabilidad civil, pone de manifiesto que el menor no estaba debidamente preparado para vivir independientemente de sus padres, debiendo éstos, como consentidores de esa emancipación de facto, responder solidariamente con el menor*²⁵⁷; b) En cambio, en los casos de *emancipación formal* del menor (artículos 314 y ss. C.c. modificado por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria) cesaría la responsabilidad de sus padres respecto de los hechos cometidos con posterioridad²⁵⁸. También quedaría sin efecto la responsabilidad del tutor en el supuesto del menor tutelado que obtuviere el beneficio de la mayor edad (artículo 321 C.c.)²⁵⁹. Concluyendo, por lo que ahora nos interesa, que sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre la obligación de guarda y su repercusión en la responsabilidad civil, la emancipación es una causa de extinción de la patria potestad (artículo 169 C.c.).

d) Mayores de entre 18 a 21 años

Sobre el particular solo reseñar, como ya vimos, que la Ley Orgánica 8/2006, por la que se modifica la Ley Penal del Menor deja vacío de contenido el art. 4 LORPM²⁶⁰, y por tanto, la posibi-

²⁵⁷ A mayor abundamiento la Fiscalía señala que “esta responsabilidad podría eventualmente considerarse agravada por una especialmente intensa infracción de los deberes *in vigilando e in educando*, si se permitió al menor vivir independientemente cuando aún no estaba preparado para ello, excluyéndose las posibilidades de moderación que brinda el art. 61.3 *in fine* LORPM”.

²⁵⁸ El artículo 314 CC señala que la emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3.º Por concesión judicial. Precepto que suprime el antiguo ordinal 2.º. “Por matrimonio del menor”, en su nueva redacción dada por el apartado cincuenta y cinco de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 julio), en vigor desde el 23 julio 2015.

²⁵⁹ Vid. Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 62.

²⁶⁰ Este art. 4 bajo la rúbrica “Régimen de los mayores de dieciocho años” señalaba que “De conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley (LORPM) se aplicará a las personas *mayores de dieciocho años y menores de veintiuno* imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto”.

lidad anteriormente contemplada de que si el Juez de Instrucción lo estimaba oportuno, podría aplicar a los “jóvenes” de entre 18 a 21 años, los artículos 61 y ss. LORPM; esto es las disposiciones relativas a la responsabilidad penal (especial) y a las reglas de responsabilidad civil que en estos preceptos se contemplan. En consecuencia ya no es posible evitar el ingreso en prisión de los jóvenes comprendidos en esa franja de edad, que antes si estaba contemplada y era posible, y evidentemente se les aplicará el Código Penal en toda su extensión.

3. Dualidad en la regulación de la responsabilidad civil y el tercer sistema que introduce la LORPM

Enlazando con la cuestión reseñada al inicio de este Capítulo, analizamos ahora la compleja cuestión de los regímenes jurídicos “injustificables” que disciplinan una misma realidad jurídica en materia de Derecho de daños. Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten dos regímenes legales distintos para regular la responsabilidad civil derivada de hechos antijurídicos, dependiendo de si los mismos son o no típicos penalmente. El artículo 1092 C.c. señala que “*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*”; y conforme al artículo 1093 C.c. *Las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del Título XVI de este Libro*» (artículos 1902 a 1910 C.c.). De acuerdo con estos preceptos, se observa que las obligaciones derivadas del *ilícito civil* se regirán por los artículos 1902 y siguientes del Código civil (responsabilidad civil extracontractual); y las derivadas del *ilícito penal* por el Código Penal.

Estas disposiciones son las contenidas en el Título V del Libro primero en los artículos 109 a 122 del citado texto, modificados por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal en el sentido de suprimir las faltas. Así pues, el Capítulo Primero, bajo la rúbrica “*De la responsabilidad civil y su extensión*” viene a señalar que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en la Leyes, los daños y perjuicios por él causados; pudiendo optar el perjudicado por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil (artículo 109 CP). La responsabilidad civil *ex delicto* comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización por perjuicios causados (artículo 110 CP).

Paralelamente, el Capítulo II “*De las personas civilmente responsables*” señala en su artículo 119 CP que “toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios (...)”. Pero además, conforme al artículo 120 CP son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente 1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia (...). 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

Por otra parte, el artículo 121 CP establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, que según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados; sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Esta dualidad en la regulación de la responsabilidad civil, dependiendo si los hechos constituyen ilícito penal o civil, ha sido criticada tradicionalmente desde distintos sectores de la doctrina²⁶¹. Y es que,

²⁶¹ Vid. el análisis histórico de la cuestión en DIAZ ALABART, S.: “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los menores sometidos a patria potestad o tutela”, en *Anuario de Derecho civil*, junio-septiembre de 1987, pp.795-894. MIR PUIG, C.: “Sobre el problema de la naturaleza de la Responsabilidad civil extracontractual”, *Actualidad Civil*, n.º 7 (febrero 1991), pp. 101 a 107. También DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 80 y 81; y PANTALEÓN F., «Comentario al art. 1902 C.c.», en el Código Civil Comentado, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993, p. 1971-2003, apuntan esta explicación a la dualidad de regulaciones., que más recientemente califica Llamas cómo uno de los aspectos

como apunta LLAMAS POMBO²⁶², del delito deriva responsabilidad penal y sólo responsabilidad penal. Cuestión diferente es que esa conducta que, en el marco del Derecho Penal, merece un determinado reproche criminal, además cause un daño, en cuyo caso dará lugar también a la oportuna responsabilidad civil, que por ello no deriva del delito, sino del daño reparable injustamente causado, como toda responsabilidad civil. Es por ello que desde distintos sectores se ha instando hacia la unificación del sistema de responsabilidad civil extracontractual y de la responsabilidad civil *ex delicto*. Sin embargo dicha unificación, no solo, no se ha producido, manteniéndose esa dualidad; sino que, por lo que ahora nos interesa, la LORPM introduce un “*tercer sistema de responsabilidad civil*”²⁶³ o cuanto menos, una responsabilidad civil especial, por ser distinta de la prevista en el Código penal y en el Código Civil.

La nueva regulación de la responsabilidad civil de los menores infractores (artículos 61 a 64 LORPM) ha venido a añadir, como afirma MORENO MARTÍNEZ, una mayor complejidad en la materia²⁶⁴. En este sentido CARRERA DOMÉNECH incide en la pluralidad de regímenes jurídicos “injustificables” presentes en el Derecho español de daños, más palpables aún cuando ahora a las reglas tradicionales de los Códigos Civil y Penal y del Derecho administrativo han venido añadirse las previstas para los padres y otros titulares de funciones de guarda en el artículo 61.3 LORPM²⁶⁵. Esta Ley configura la responsabilidad solidaria del menor con sus padres o representantes legales y acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación (artículo 61.3 LORPM); responsabilidad civil que es distinta a la conteni-

más “perturbadores” de nuestro sistema de responsabilidad civil. LLAMAS POMBO, Eugenio “La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil *ex delicto*”. *Práctica de Derecho de Daños*, N° 19, Sección Editorial, Septiembre 2004, (LA LEY 1727/2004).

²⁶² Vid. LLAMAS POMBO, E. “Otro despropósito: la responsabilidad penal del menor, culpa in educando de sus padres”. *Práctica de Derecho de Daños*, n° 75, Sección Editorial, Octubre 2009 (LA LEY 18750/2009).

²⁶³ Vid. ALBERT PÉREZ, S.: *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*. Ed. Comares. Colección Estudios de Derecho procesal penal n° 20. Granada 2007, p.156. Sobre un análisis doctrinal de la cuestión puede consultarse a PAÑOS PÉREZ, A. *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Madrid, 2010, pp. 11-42.

²⁶⁴ Vid. MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección” *Ob. cit.*, p.770.

²⁶⁵ Vid. CARRERA DOMÉNECH, J.: “¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec.4^a, 23.12.2003”, en *Indret*, 3/2004, www.indret.com

da en el artículo 1903 C.c. (responsabilidad civil por hecho ajeno). Insistimos en que este modelo de responsabilidad civil será aplicable a los daños derivados de las conductas de acoso escolar y acoso con elementos de tipo sexual constitutivas de ilícito penal causados por mayores de 14 años y menores de 18 (artículo 1.1 LORPM).

En consecuencia, la responsabilidad civil *ex delicto* derivada de actos tipificados en el Código Penal cometidos por menores se regula en el Código civil, en el Código Penal y en la LORPM²⁶⁶, con una serie de reenvíos muy complejos que dará lugar a un derecho sustantivo aplicable distinto y a órdenes jurisdiccionales diferentes para su enjuiciamiento. Así pues, el Código Civil en su artículo 1092 reenvía –como se ha visto, al Código Penal (artículos 109 a 120), teniendo en cuenta que a su vez el artículo 19 de este último texto, al señalar que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código, reenvía a la LORPM²⁶⁷. A su vez, la LORPM realiza un doble reenvío.

Por un lado, remite al Código Penal para la regulación de la extensión de la responsabilidad civil, en la aplicación de aquél como supletorio. La Disposición Adicional Primera de la LORPM establece que tiene el carácter de norma supletoria, para lo no previsto expresamente en la citada Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal. En este sentido, las normas que regulan la Pieza de responsabilidad civil contienen un reenvío al Código Penal, y más específicamente el artículo 62 LORPM, sobre la extensión de la responsabilidad civil, remite al Capítulo I del Título V del Libro I del CP (artículos 109 a 115 CP); el artículo 63 LORPM prácticamente

²⁶⁶ Tras la reforma 8/2006 el artículo 39 LORPM apartado primero párrafo 2º dispone que en la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta (hoy suprimidas), con el contenido indicado en el art. 115 del Código Penal. La remisión al artículo 115 CP también implica aplicar en el proceso penal de menores la regla que establece que los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

²⁶⁷ Así, se establece en el párrafo segundo del artículo 19 CP: “*Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*”. La Disposición Final 7.ª de la L.O. 5/2000, 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores estableció que en su fecha de entrada en vigor, el día 13 de enero de 2001, entraría también en vigor el artículo 19 del CP.

reproduce el art. 117 CP, y el artículo 61.4 LORPM, ya expuesto, recoge una previsión que se aproxima al artículo 121 CP con relación a las responsabilidades de las Administraciones Públicas. Obsérvese que la remisión específica de la LORPM al Código Penal de ciertas normas que regulan la Pieza de responsabilidad civil, junto con la consideración de derecho supletorio del Código Penal permite concluir, como puso de relieve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 27 de mayo de 2005²⁶⁸ que: “(...) *todos los preceptos del Código Penal que normativizan la responsabilidad civil derivada del delito son aplicables en la subjurisdicción penal de menores, y concretamente sería posible aplicar sin ninguna dificultad la responsabilidad contemplada en el artículo 120 CP, y específicamente la prevista en el apartado tercero, que prevé una responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares*”. Por otro lado, el segundo reenvío que hace la LORPM, es al Código Civil y a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para regular todo lo relativo a la responsabilidad civil cuando el perjudicado se reserve la acción civil (artículo 61.1 LORPM) y no la ejercite ante el Juez de Menores.

II. REGÍMENES JURÍDICOS DIFERENCIADOS Y EL CARÁCTER MULTIJURISDICCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Siguiendo con la argumentación de las líneas precedentes, existe un régimen regulador diferenciado de responsabilidad civil en función del tramo de edad del menor y en función de si la legislación a aplicar es la civil (menores de 14 años) o la derivada de la LORPM (14 a 18 años). Diferencias sustantivas y procesales también, en función de si el hecho ilícito causante del daño y en que se subsumen las conductas delictivas, está o no tipificado penalmente, (ilícito penal o ilícito civil); lo que como se ha señalado, dará lugar a la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados y a órdenes jurisdiccionales distintos (civil, contencioso y jurisdicción de menores) para su enjuiciamiento particularmente visible en los casos de *bullying* y *ciberbullying*.

²⁶⁸ Vid. SAP de Álava (Sección 1^a) de 27 de mayo de 2005(AC/2005/1062). Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Tapia Parreño.

1. Responsabilidad civil *ex* artículos 1902 y 1903 del Código civil

1.1. Consideraciones generales y criterios de imputación

Las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual están contenidas en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, señalando el primero de los preceptos: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Este artículo consagra el principio general de la responsabilidad subjetiva o por culpa, cuyos pilares básicos son: la concurrencia de una acción u omisión culposa por parte del sujeto, la existencia de un resultado lesivo (daño) y la relación de causalidad entre la acción y el resultado. En este marco, y descartada la responsabilidad penal del menor de 14 años por la conductas de acoso, queda pendiente determinar si este menor puede ser declarado responsable civil directo conforme al artículo 1902 C.c.; lo que nos lleva a plantearnos si puede apreciarse o no en estos menores “culpa civil”, esto es, si es capaz de discernir entre el bien y el mal y de comprender qué significa socialmente causar daño a otro²⁶⁹.

En este sentido, se puede afirmar que el régimen vigente en nuestro ordenamiento jurídico, se limita a establecer que la imputabilidad del daño exige, bien la capacidad de culpa (propia de los adultos) o cuando menos la capacidad de discernimiento para comprender el alcance de los propios actos; esto es, una mínima madurez intelectual y volitiva. Capacidad de discernimiento y por tanto de culpa civil, que sí se les presupone a los menores de edad desde que cumplen

²⁶⁹ Martín Casals cuestiona cómo analizar la conducta del menor, si con un criterio objetivo (en relación con la capacidad de otros menores de la misma edad, como lo hacen el art. 3:103 (1) DCFR y § 10(a) Restatement) o con relación a un criterio subjetivo (análisis del menor concreto, como lo hace el art. 4:102 (2) PETL). Sobre el particular señala que la principal crítica al criterio objetivo es que es ilusorio, porque como hay que ir ajustándolo a las circunstancias particulares del menor, al final se convierte un criterio puramente subjetivo. Y en cuanto al criterio subjetivo, la principal crítica que se suele formular es que puede dar lugar a situaciones complejas en las que aquellos que tienen que responder por los menores se esfuerzan en demostrar que sus hijos tienen menos discernimiento que otros menores que tienen la misma edad y que se encuentran en sus mismas circunstancias. Vid. MARTÍN CASALS, MIQUEL “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual.” En *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) Ed. Universidad de Murcia, 2011, p. 50.

los 14 años conforme a la LORPM. Pero respecto de los menores de esa edad, pero mayores de 7 años, ha de valorarse, caso por caso, la concurrencia de esa mínima madurez. En la jurisprudencia menor, aunque no referida expresamente a supuestos de acoso, se aprecia culpa, si bien con un estándar atenuado, en algunos supuestos de daños causados por menores de entre los 7 y los 12-13 años de edad. Y desde los 13 o 14 años, ese estándar es variable según la edad, pero muy cercana a la de los adultos. Aunque en nuestra opinión, difícilmente un menor de 14 años tiene “capacidad de culpa civil” que sería presupuesto para su responsabilidad directa por los daños causados por sus conductas de acoso escolar²⁷⁰. Y aún, en el caso de considerar en algunos supuestos, que el menor de esta edad tiene capacidad de discernimiento, por lo que cabría co-demandarle junto al Centro Docente o junto a sus padres como se verá (ex artículo 1903 C.c.), en razón a su presumible insolvencia, estas demandas suelen tener carácter excepcional o residual²⁷¹.

Hecha esta precisión, el artículo 1903 C.c. consagra la responsabilidad civil por hecho ajeno cuando señala que “*La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*”. El precepto señala expresamente –por lo que ahora nos interesa– a los padres, tutores y personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, como posibles responsables por los hechos ilícitos dañosos causados por sus hijos, tutelados o alumnos, respectivamente. Estamos ante una responsabilidad indirecta o por hecho de otro²⁷²: “*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y ha-*

²⁷⁰ En este sentido, GARCIA RUBIO, M^a P.: La responsabilidad civil del menor infractor” Revista Xurídica Galega, núm. 38, 2003, p. 40.

²⁷¹ En sentido parecido, MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos ...”. Ob. cit. p.796 y 797.

²⁷² Aunque ya no se duda en calificarla como una auténtica responsabilidad directa. Al respecto la STS de 28 enero 1983 (RJ 1983/393) señala que: “La responsabilidad *directa* del art. 1.903 C.c. se establece “en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, a causa de presunción de *culpa in eligendo* de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la que por razón *in operando* atribuye el art. 1902 C.c. al autor material”.

bitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”.

Antes de abordar los criterios de imputación sobre los que se asienta el precepto, cabe reseñar que el daño es pieza esencial para que surja responsabilidad. No habrá responsabilidad si no hay daño. El daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil. Puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa, pero no sin daño.²⁷³ En consecuencia, una vez quede acreditado el daño moral derivado de las conductas de acoso, conforme a las consideraciones anteriormente expuestas, la obligación de reparar este daño antijurídico, nacería para los responsables si les resulta imputable objetiva y subjetivamente. De las reglas de la llamada “imputación objetiva” (alcance de la responsabilidad) se ocupa ampliamente PANTALEÓN PRIETO²⁷⁴, y conforme a ellas, se trata de determinar los daños de los que se debe responder. Como señala este autor, mientras la causalidad (teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*) descubre qué daños están ligados a la conducta de un sujeto; la imputación objetiva señala cuales de esos daños deben ser puestos a cargo de ese sujeto.

De otra parte, los criterios de imputación subjetiva se asientan en nuestro ordenamiento jurídico principalmente en la culpa (falta de diligencia), el defectuoso control de actividades peligrosas (el riesgo) y en la sola ostentación de una determinada condición descrita por el ordenamiento. Criterios de imputación subjetiva que como señala

²⁷³ Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)”. En *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. (MORENO MARTÍNEZ, Coord.) Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p.439.

²⁷⁴ Vid. PANTALEÓN PRIETO, F.: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1565 y ss. Más recientemente, PEÑA LÓPEZ, F. en *Dogma y realidad del Derecho de Daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el Sistema Español y en los PETL*. Ed. Aranzadi, 2011, pp. 64 y ss.

MARTIN CASALS, se refieren a las características que debe tener la conducta o actividad de un determinado sujeto para que esté justificado que un daño se ponga a su cargo²⁷⁵. Estos criterios, como señala el autor, coinciden con los que los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (en adelante PETL) llaman “fundamentos de la responsabilidad.” En este contexto interesa señalar, como se ha dicho, que en nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual la *imputación subjetiva* del daño, se reconduce con carácter general a la “culpa”. De tal suerte que la obligación de reparar el daño causado con un comportamiento (acción u omisión) solo nace si éste ha sido negligente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2004²⁷⁶ establece que *“la esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso. Y será la víctima que pretende la reparación, la que ha de probar no solo el daño, sino la culpa y la relación de causalidad”*. Sobre esta cuestión resulta realmente esclarecedora la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2008 cuando señala que: *“(…) concurriendo el nexo causal entre este daño moral causado al menor y la omisión de la diligencia debida por parte del Centro, por falta de atención, vigilancia, cuidado y respuesta inmediata y contundente (...), además de una imputación subjetiva, natural, ante el resultado producido, el daño moral, este resulta imputable objetivamente a la falta de cuidado, vigilancia por parte del Centro”*.

Pero dicho esto, también es sabido que desde finales del siglo XIX, en el “Derecho de la responsabilidad Civil”, o el “Derecho de Daños” se viene operando, por el incremento de actividades peligrosas y el deseo de asegurar la reparación de los daños *“pro damnato”*, la crítica y superación de la teoría de la culpa; ello se manifiesta, primero, en lo que se ha dado en llamar la redefinición del concepto de culpa civil, y segundo, en la consagración normativa de la responsabilidad objetiva y por riesgo. La objetivación de la responsabilidad por culpa afecta particularmente a la responsabilidad por hecho ajeno

²⁷⁵ Vid. MARTIN CASALS, M.: “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual.” En *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC), Ed. Universidad de Murcia, 2011. pp. 48 y ss.

²⁷⁶ Vid. STS de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005/1815).

(artículo 1903 C.c.) y que viene a configurarse como una responsabilidad cuasi-objetiva, ya que existe una presunción de culpa en quien debe responder por hecho ajeno (culpa presunta) como se verá. “El último apartado del artículo 1903 del Código Civil completa esta regulación, señalando que la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

En consecuencia, la responsabilidad civil de padres, tutores y personas o entidades que sean titulares de un Centro docente es una responsabilidad extracontractual *subjetiva o por culpa presunta*, que cesará (artículo 1903 *in fine* C.c.) cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. En igual sentido, y conforme a la formulación general del principio culpabilístico que consagra el artículo 1902 C.c., se pronuncia el artículo 6:101 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)²⁷⁷. Así, la responsabilidad por hecho de los menores o discapacitados psíquicos reside formalmente en la culpa o negligencia de la persona que los tiene a su cargo. El artículo 6:101 (PETL) declara que: “*La persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión*”. Responsabilidad subjetiva o por culpa y “estándar de conducta exigible” que como señala el artículo 4:102-1 PETL viene referido: “*(...) al de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos*”.

También en el Borrador del Marco Común de Referencia (DCRF) la responsabilidad de los padres y otras personas obligadas legalmente a la guarda del menor se basa en la culpa. Pero en el artículo VI-

²⁷⁷ Vid. MARTIN CASALS, Miquel “La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL). En *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. Moreno Martínez, J.A.) Ed. Dykinson Madrid, 2007, p.501.

3:104 se distingue según la edad del menor. Si es menor de 14 años los padres responden de los daños que éstos hayan causado, mediante una conducta objetivamente negligente, a menos que prueben no haber incurrido en culpa. Si son mayores de 14 años, la culpa de los padres no se presume, debiendo ser probada²⁷⁸.

1.2. Acoso escolar y responsables civiles ante la jurisdicción civil y contencioso-administrativa

Como quedó señalado con anterioridad, cuando los autores de actos o conductas de acoso escolar, –estén o no tipificados penalmente–, son *menores de 14 años*, así como cuando los hechos no revistan entidad para calificarse de ilícito penal, pero sí civil y sus autores cuentan entre 14 a 18 años, se aplicarán las reglas generales de la responsabilidad civil (artículos 1902 y 1903 C.c.) La acción de responsabilidad civil se entablará bien, ante la jurisdicción civil, cuando se demande a los padres del acosador (*culpa in educando*) o al Centro docente privado (*culpa in vigilando*) o a ambos a la vez; o bien, ante la jurisdicción contenciosa cuando el menor está bajo la guarda de la Administración Pública (Centro docente público); aplicándose también en esta sede jurisdiccional las reglas generales civiles, junto a las establecidas en los todavía vigentes artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP) modificada por Ley 4/1999 y que estará vigente hasta el 2 de octubre de 2016, regulándose a partir de ese momento por los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²⁷⁹.

1.2.1. Responsabilidad civil de los padres

La aplicación del artículo 1903.2 C.c. encuentra su fundamento en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, por no ejercitar de manera correcta las obligaciones que la ley impone a los padres de vigilar las actividades de los menores. Debe señalarse que para que los padres respondan conforme al artículo 1903.2

²⁷⁸ GÓMEZ CALLE, E.: “La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil y en el Borrador del marco Común de Referencia”, en Noticias de la Unión Europea, núm. 320, 2011, pp.76 y ss.

²⁷⁹ La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» conforme a la Disposición final decimooctava.

C.c. es preciso que los hijos se encuentren bajo su “guarda”²⁸⁰. Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad que están bajo su guarda. Sin embargo, la más reciente línea jurisprudencial omite el término “guarda” y la califica como una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva (STS 8 de marzo de 2006)²⁸¹, que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho.

Una cuestión que ha planteado dudas a propósito de la “guarda” es la de determinar, sobre qué progenitor ha de recaer, en su caso, la responsabilidad, si están separados o divorciados. En líneas generales se afirma que el responsable de los daños cometidos por el menor, es el progenitor que ostenta la guarda. Pero si los daños se ocasionan en el periodo en que se desarrolla el mal llamado “régimen de visitas”, será éste (el progenitor no custodio) quién incurra en responsabilidad. Para los casos de guarda y custodia compartida se discute si debe responder el progenitor a cuyo cuidado se encuentre el menor en el momento de la causación del daño o deben responder ambos²⁸². Sin entrar en este amplio debate, si cabe señalar que, a nuestro modo de ver, en los supuestos concretos de *bullying* y *ciberbullying*, la responsabilidad debe recaer en ambos progenitores; dado que la crueldad de estas conductas no se producen en un solo acto, ni en un momento preciso, sino que requieren repetición en el tiempo e intencionalidad. Por lo que es más que probable que su comisión haya ocupado tiempos en que la “guarda” haya estado a cargo de uno u otro progenitor.

No obstante, cuando son demandados los padres del menor acosador, es muy común que se alegue que los hechos constitutivos de acoso realizados por su hijo se han desarrollado en el centro escolar.

²⁸⁰ Vid. por todos DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 381 y 382.

²⁸¹ Vid. STS de 8 de marzo de 2006 (ROJ: STS 1059/2006), Sentencia: 226/2006, Recurso: 2586/1999, Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

²⁸² Vid. por todos GÓMEZ CALLE, Esther “Padres y Centros docentes”, en *Tratado de Responsabilidad civil*, T. III (Coord. Reglero Campos); Navarra, 2008, pp. 152-166. Para GARCIA RUBIO refiere que será responsable el progenitor que tuviera a su cargo al niño en el momento del hecho delictivo, refiriéndose al sistema de responsabilidad establecido en el art. 61.3 LORM; aplicando en este caso los mismos criterios de la responsabilidad contenida en el Código civil, en “La responsabilidad civil del menor infractor” Ob. cit., p. 44.

Por lo que es muy común que se alegue falta de legitimación pasiva *ad causam* o, subsidiariamente, falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque los hechos se producen en el ámbito escolar. Y en estos casos, el control y vigilancia de los menores están transferidos al centro educativo. Por lo que no resultaría procedente imputarles responsabilidad, pues al encontrarse fuera de su control, se alega que nada pudieron hacer para prevenir el daño. Y en líneas generales, ciertamente sería así, pero como apunta MARTIN CASALS aunque los padres pueden transferir ese deber de vigilancia, como no pueden desentenderse de sus hijos, retienen unos deberes residuales relativos a la organización del cuidado de los mismos²⁸³. Afirmación, si cabe, aún más reveladora, para el caso específico del acoso escolar que presentan nuevamente algunos matices.

Una primera observación, nos lleva a señalar que en ocasiones los hechos no se desarrollan de forma exclusiva en el centro escolar, tal y como sucede en los casos de *ciberacoso* o *ciberbullying*. Y una segunda observación, –más grave aún–, sería el posicionamiento o pasividad de los padres, si tuvieron conocimiento de los hechos por parte del Colegio cuando se iniciaron las conductas de acoso en un momento inicial. Como así suele ocurrir, aunque no siempre. En estos casos, es evidente que responderán cuando pueda probarse que con su propio comportamiento omisivo o negligente han contribuido (indirectamente) a la definitiva causación del daño causado (directamente) por el hijo²⁸⁴.

No obstante y por su excepcionalidad, cabe citar la condena a los padres de un menor en un caso de acoso escolar ante la jurisdicción civil. La reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 marzo de 2014²⁸⁵, confirma la dictada en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Paterna. En aplicación del artículo 1903.2 C.c condena a los padres de la menor (autora de las

²⁸³ Vid. MARTIN CASALS, Miquel “La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL) en *La Responsabilidad civil...* Ob. cit. p.504.

²⁸⁴ La responsabilidad de los padres a pesar de ser en rigor una responsabilidad indirecta (por hecho ajeno), es común admitir en la jurisprudencia que se trata de una responsabilidad directa y no subsidiaria de la del causante material del daño. Vid. STS de 28 de julio de 1997 (RJ 1997/5810).

²⁸⁵ Vid. SAP de Valencia (Sección 7^a) Sentencia num. 107/2014 de 14 marzo (JUR\2014\165222). Ponente: Ilma. Sra. María del Carmen Escrig Orenga.

conductas de acoso) a abonar la cantidad de 28.383,56 €. ²⁸⁶. El centro escolar “Colegio Fundación San Vicente Ferrer” no fue demandado. En el caso de autos, consta acreditado que “no nos hallamos ante una pelea de dos menores, como un hecho aislado, sino ante una situación de acoso, de molestias continuas contra la menor (...) que se han desarrollado tanto en el colegio como fuera de él”. Así se desprende de los relatos plasmados en la red social “tuenti” y por la llamada telefónica realizada desde la casa de una tercera menor. En este caso, la situación permanente de acoso moral comienza en 2009 y se prolonga hasta 2011. Tratos degradantes, que tenían lugar, sobre todo, en el ámbito escolar, pero no exclusivamente en él. Por todo ello, la sentencia afirma que los padres se hallan legitimados pasivamente para soportar esta acción. En el Fundamento Jurídico 6º se afirma, en base al art. 1903. 2 C.c. que *“la responsabilidad de los progenitores es cuasi objetiva y que producido el daño por la menor, rige la presunción de culpa de los padres”*. Lo que lleva a estimar en el caso de autos el acoso, que el mismo ha generado un daño y que los padres no han destruido la presunción de culpa que sobre ellos recae; culpa que se ha visto corroborada no solamente por los hechos aquí analizados, sino también por otros ocurridos respecto de otras menores y, si bien no es objeto de este procedimiento, también nos sirve para valorar el comportamiento de los padres, *“(...) la actitud de la madre de (...) ante los hechos, puesto que ha sido condenada por una falta de vejaciones injustas contra la menor (...) y su madre, al encontrarse con ellas en una oficina bancaria, y llamar zorra a la menor, y hacerles un corte de manga (...)”*.

1.2.2. Responsabilidad civil del Centro docente

Particular atención merece la responsabilidad civil en que incurre el Centro escolar (público, privado o concertado) y que cuenta con una profunda reforma operada por la Ley 1/1991, de 7 de enero de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de

²⁸⁶ Dicha cantidad se distribuyen de la siguiente forma: 17.498,30 € para la menor víctima de acoso y la cantidad de 5.100,46 € para su madre. Y es que consta acreditado que debido a la situación por la que ha atravesado la hija, igualmente se ha visto afectada por una situación de estrés, ansiedad y depresión. Además la cantidad de 5.784,80 € en concepto de gastos acreditados (Abogados, etc.) más los intereses legales desde la interpelación judicial.

Responsabilidad Civil del profesorado²⁸⁷. Antes de operarse la reforma, quien respondía por los daños causados por el alumnado era el *maestro*, al que se le presumía culpa aunque, no obstante, admitía prueba en contrario. La propia Exposición de Motivos de la Ley 1/1991, ponía de manifiesto que este sistema de responsabilidad de la Ley ya no era apto a la nueva realidad social. Al respecto declara que: «*El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1.903 del Código Civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada “culpa in vigilando”, concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente”*».

El vigente artículo 1903.5 C.c. señala ahora que “*Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán de los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se encuentren bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias*”. En consecuencia, la responsabilidad por daños causados por alumnos debe asumirla el Centro docente, y no el profesorado, aunque cabrá el derecho de repetición en el caso de apreciarse dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño (artículo 1904 párrafo segundo C.c.). El último apartado del art. 1903 C.c. completa esta regulación, señalando que la responsabilidad de que trata este artículo *cesará* cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Son diversas las teorías que se han formulado sobre el fundamento de la responsabilidad de los Centros educativos y sobre la naturaleza objetiva, cuasi-objetiva o subjetiva de esa responsabilidad, en relación con los actos dañosos causados por sus alumnos. Pero son dos los criterios esenciales para imputarles responsabilidad en el caso de acoso escolar. Uno, el criterio de la culpa “*in vigilando*”, con base en que, como se ha expuesto, los padres transfieren al Colegio una especie de guarda de hecho que impone al centro un deber objetivo de cuidado, control y vigilancia sobre los menores. Otro, el criterio

²⁸⁷ Sobre ello, Vid. PÉREZ VALLEJO, A.M^a.: “Responsabilidad civil parental por acoso de menores y de los Centros docentes”, *Tratamiento integral del acoso*, Rivas Vallejo, P. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 375 ss.

de la responsabilidad por la deficiente organización de personas o de medios y que tiene su antecedente en la doctrina alemana de la “*culpa de organización*” o “*organisationsverschulden*”, que se acoge en la Exposición de Motivos de la Ley de 1/1991, en relación a la redacción del art. 1903.5 C.c.

Este precepto es de especial significación ante las conductas de acoso escolar, ya que las sentencias consultadas revelan la tendencia progresiva a responsabilizar principalmente al Centro Docente, tanto en el orden civil como en el contencioso administrativo, en base al artículo 1903.5 C.c. Al respecto, la Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado señala que “*en los supuestos de acoso escolar la exigencia de responsabilidad civil a los Centros docentes, de conformidad con las pautas establecidas en la Instrucción 10/2005 es esencialmente aconsejable, tanto desde el punto de vista de protección a las víctimas como por razones de prevención general positiva*”²⁸⁸.

En este sentido, son muchos los Centros docentes los que han sido declarados responsables civiles por las conductas de acoso, siendo el criterio de imputación la falta de diligencia del Centro demandado, al no haberse podido acreditar de contrario, que emplearon toda la diligencia de *un buen padre de familia* para prevenir el daño. Esta diligencia viene referida en líneas generales a la de la persona normal o media tenida socialmente como prudente en esta esfera de actividad, y cuya infracción ha venido determinando lo que en nuestro derecho histórico se denomina culpa leve “*in abstracto*”. No obstante, el patrón o nivel de diligencia que han de adoptar los titulares del centro ante los indicios de acoso ha de ser extremo. Y es que, el artículo 1903.5 C.c. determina la responsabilidad de tales *guardadores* en base al criterio de imputación subjetiva (culpa presunta) pero como se observa en los Tribunales “*con un grado adicional de exigencia si cabe, que llega casi a convertirse en una responsabilidad objetiva*”²⁸⁹. Sin embargo, no podemos afirmar que se trate de una nítida responsabilidad objetiva, esto es, la simple atribución del deber resarcitorio por razón de la producción de un daño susceptible de indemnización; esa

²⁸⁸ Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 68.

²⁸⁹ Vid. FJ 3º de la SAP de Madrid (Sección 25ª), núm. 241/2012 de 11 mayo (AC/2012/384) Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

presunción de culpa no es desde luego “*iuris et de iure*”. Su ámbito de operatividad se centra como se verá en el marco probatorio, y para que opere debe existir al menos “un indicio de culpa”. En definitiva, para que el Centro docente pueda exonerarse de su responsabilidad (presunta) debe acreditar que extremó todos los deberes de control, vigilancia y cuidado. Deberes que son consustanciales a la propia actividad educativa y que en estos casos, vendrán acentuados por la especial vulnerabilidad de estos menores “victimas” de acoso. La presunción de culpa en las personas o entidades titulares del centro docente, implica que es a éstas, a quienes corresponde la prueba de la ausencia de su negligencia. Inversión de la carga de la prueba, que, como apunta GARCÍA CANTERO, no afecta al principio subjetivo de la culpa, sino que únicamente facilita su prueba al actor, obligando al presunto responsable a demostrar cumplidamente ante el juez que su conducta fue diligente²⁹⁰.

Así se constata en las sentencias que reseñamos a continuación dictadas en el *orden jurisdiccional civil* (Centro docente privado o concertado); en todas ellas, además, los alumnos autores de las conductas de acoso, contaban con menos de 14 años de edad.

- En esta línea, se aplica, pues, el artículo 1903. 5 C.c. con condena para el Colegio ante los hechos de acoso a que fue sometido un niño de 11 años por sus compañeros de clase, siendo el criterio de imputación la falta de diligencia del Centro demandado en la vigilancia, atención, cuidado del menor bajo su guarda. Así como por las omisiones injustificables ante la falta de respuesta inmediata y contundente al hostigamiento de que era objeto el menor. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2008²⁹¹ revoca la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcobendas, de 7 de Noviembre de 2007²⁹², y de-

²⁹⁰ Vid. GARCÍA CANTERO, G. “Relectura del artículo 1902 del Código Civil visto desde el siglo XXI”. *Actualidad Civil*. Año 2007 (R1120).

²⁹¹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10^a) de 18 de diciembre de 2008 (AC/2009/124) Ponente: Sra. Ana M^a Olalla Camarero.

²⁹² La sentencia del JPI n^o 1 de Alcobendas, de 7 de Noviembre de 2007 (AC/2007/1903) basó su desestimación en los siguientes razonamientos: 1^o “no ha quedado acreditado que el menor fuera objeto de burlas y ataques desde 4^o de primaria, ni que el colegio conociera estos incidentes o por lo menos que existían problemas de relación o interacción social (...)”; 2^o “...ni tampoco que los padres de Joaquín hablaran con la tutora (...)”; 3^o De “las declaraciones del Director del colegio,

clara responsable al Colegio SUIZO de Madrid (Centro docente privado) a abonar 30000 € por los daños y perjuicios generados por el acoso escolar que padeció el menor. Así, señala la Audiencia que *“la falta de diligencia del Centro demandado es palpable y manifiesta, al igual que en el resto de la situación de maltrato, que en el contexto escolar padecía el menor”*. En el caso de autos, en modo alguno, pudo acreditar el Centro haber agotado todas las medidas de vigilancia y precaución tendentes a evitar la agresión; tampoco adoptó medida ninguna al respecto, ni siquiera con posterioridad pues, incluso después de ver la grabación que se hizo, la situación no tuvo como respuesta castigo alguno, sino tan solo un *ultimatum* exigiéndoles respeto so pena de expulsión. A tal efecto consta probado que: *“(...) el acoso del menor era conocido en el Colegio, como los informes del Expediente del Defensor del Menor y de la Psicóloga, eran datos adveraticios que llevó al Tribunal a concluir que el menor venía padeciendo una situación de bullying, que estaba siendo ignorada o minimizada por el Colegio. (...); no fue diligente la reacción de los agentes escolares intervinientes, ante el suceso acaecido el día 26 de junio de 2006. Si como manifestó la profesora de Matemáticas al entrar en la clase se dio cuenta del grado de alteración y excitación de los niños, y éstos hablaban de un incidente en el que se habían tirado gomas, y que había una grabación con una cámara (...); la profesora no exigió la cámara al alumno que había hecho uso de la misma, en un horario lectivo, y comprobó su contenido (...). La denuncia del uso de la cámara, aparecía unida a las acusaciones de*

de la tutora, y de la profesora de matemáticas, se desprende que el colegio que no tenía conocimiento de que hubiera ningún problema de adaptación de Joaquín con la clase”; 4º “(...) Ocurrido el incidente en horario escolar dentro del aula, y sin la vigilancia de un profesor, el suceso era inevitable e imprevisible... por lo que puede concluirse que las medidas de vigilancia adoptadas fueron absolutamente suficientes y acordes con las circunstancias concurrentes, por lo que no se puede hablar de culpa in vigilando por parte del centro, siendo absolutamente imprevisible que dos alumnos del centro agredieran a un compañero de la clase, no existiendo ningún elemento o indicio que permitiese prever qué iba a ocurrir, lo que después sucedió, que fue de forma imprevista y de gran rapidez, pese a lo cual una vez llegó la profesora al aula, reaccionó adecuadamente. Por otro lado la actuación del centro una vez se destaparon los hechos fue rápida, ya que se incoa el oportuno expediente, en los que se adoptó la sanción de ultimátum para los tres alumnos agresores (...); y 5º “Todo lo expuesto permite concluir la ausencia de conducta culposa alguna imputable al centro escolar, que obró en todo momento con la debida diligencia, es decir, con la diligencia exigible a un buen padre de familia (...)”.

un enfrentamiento y a un grado de excitación del alumnado, que según ella era claramente perceptible. Circunstancias que, en lógica, la tendrían que haber llevado a extremar el celo, respecto a la razón de la utilización de una cámara. De hecho, tal estado de los alumnos motivó, que según su propia declaración se volviera a ausentar de la clase para hablar con la tutora; ausencia que resultó también incomprensible pues se produjo, pese a la alteración que constataba en el ambiente de tal clase. Según el testimonio de dicha profesora, procedió a comunicar a la tutora y al Director lo sucedido, sin que se justificase que éstos tampoco tomaran decisión alguna en orden a proceder a requerir la cámara a efectos de comprobar su contenido o a hablar con los alumnos implicados. Ante tal suerte de omisiones, no era de extrañar la desesperación del menor que podía prever la exhibición de las imágenes en las que se le humillaba, golpeaba con un estuche, levemente sí, pero golpes al fin, y se le insultaba, difundiéndolo entre otros niños del colegio o fuera de él, aumentando de ese modo el grado de deterioro de su imagen y el rechazo generalizado hacia su persona (...)”.

- En un sentido similar, también se declara responsable al Centro Docente Congregación Hermanas del Amor de Dios (Centro docente concertado), en la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2012²⁹³. En este caso, resulta probado la insoportable actividad de acoso (*bullying*), vejaciones y agresiones físicas de que estaba siendo objeto el menor nacido en el año 2000; por lo que contaba con 8 años de edad cuando se iniciaron los hechos en el curso 2007-2008 (2º de Primaria) y culminaron en febrero de 2010 cuando abandonó el Colegio de forma precipitada. De los hechos que se narran a continuación se constata las continuas negativas y la falta de adopción de medida alguna, con absoluta falta de diligencia, ante la insoportable actividad de acoso (*bullying*), vejaciones y agresiones físicas de que estaba siendo objeto el menor: “(...) *le desaparecen toda clase de objetos y útiles escolares, hablando los padres con la profesora que hace caso omiso, alegando descuido del niño, pese a que una de las veces encuentra el baby la profesora delante de toda la clase en la cartera de (...), sin*

²⁹³ Vid. FJ 3º de la SAP de Madrid (Sección 25ª) Sentencia núm. 241/2012 de 11 mayo (AC\2012\384) Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

adoptar medida alguna (...). Le esconden de forma sistemática para reírse de (...), la cartera y el abrigo, ocasionando nerviosismo al niño que sale siempre de clase tarde, al buscarlos. Se produce además un progresivo aislamiento, al no sentarse ni jugar nadie con él, dejándole solo en clase de informática y en las excursiones y aunque se lo cuenta a la profesora, ésta le contesta; “más vale solo que mal acompañado” (...). Comienza así (...) a manifestar no querer ir a clase, evidenciándose tics, como toses nerviosas, sensación de ahogo, terrores nocturnos y hábitos alimenticios compulsivos, manifestando que no puede comer por opresión en el pecho o arderle la garganta, ignorando los padres en ese momento el hostigamiento (...). Al inicio del curso 2008-2009 el niño se muestra triste y ansioso. Los padres visitan asiduamente a la profesora, por situaciones análogas a las del curso anterior, y por la preocupación de la madre, la profesora le recomienda tranquilidad y que le compre un balón para que los demás jueguen con él (...). Por su parte la directora le manifiesta a la madre que es una situación a la que el niño debe hacer frente por sí mismo, descartando el cambio de clase de los hostigadores. Es en marzo de 2.009 cuando refiere que los niños de siempre le han robado el monopatín, lo que los padres comunican a la profesora, recuperándolo por su intervención. En mayo, el menor, refiere que desde el principio de curso los cinco niños no le llaman por su nombre sino “Marian” o “Maricón” y prohíben a los otros jugar con él, con amenaza de excluírlos a ellos del juego. Cuenta que le persiguen por el patio durante el recreo y si para de correr le cogen y le pegan en un rincón entre todos, percatándose los padres de las desapariciones de juguetes y material escolar, con constantes protestas de los padres. Ante la queja de la madre admite también la psicóloga que no han actuado castigando a los hostigadores, ni llamando a sus padres, solo han hablado con ellos, y lo han admitido, comprendiendo que la madre pida que se les castigue a nivel del centro. Por su parte la directora le manifiesta a la madre que es una situación a la que el niño debe hacer frente por si mismo, descartando el cambio de clase de los hostigadores (FJ3^a)”. De estos y otros hechos se desprende, con absoluta claridad, las continuas negativas y la falta de adopción de medida alguna por parte del Centro. Concorre en este supuesto la situación de acoso repetida y reiterada en el tiempo (acoso escolar o bullying) y en condiciones de tal gravedad que han generado en el menor un daño o menoscabo en la integridad física y moral del menor resarcible.

Además se produce dentro del ámbito escolar y en el ámbito de vigilancia y control que todo centro educativo ha de prestar a sus alumnos, en tanto ejercen las facultades de guarda y custodia de los mismos, en sustitución de sus progenitores. Por lo que la sentencia aplica los artículos 1903. 5 del Código Civil en relación con el artículo 1902 del mismo texto legal e impone a tales guardadores la responsabilidad establecida en dichos preceptos.

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014²⁹⁴, revoca la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Getafe que absolvió al Colegio “Los Angeles” Sociedad Cooperativa Madrileña en un caso de acoso. En el caso de autos, la Sala reseña dos grandes hitos en el devenir de los hechos y una persona clave, la tutora del menor que ejerció como tal durante los cursos escolares 2009/2010 y 2010/2011, correspondientes a los niveles del 2º de ESO. En la segunda quincena de noviembre de 2010 el menor recibe, en el patio del colegio, el impacto de una fruta dura, una arizonita, que provoca que sea llevada a la enfermería del Centro. Este episodio fue provocado por unos alumnos de dos cursos superiores. “*La tutora ninguna importancia dio a este incidente. Lo consideró un hecho aislado. Se limitó simplemente a reprender a los autores de la agresión, sin participarlo a la dirección del centro, por lo que ésta nada hizo en orden a averiguar lo ocurrido. La pasividad de la tutora en orden a averiguar, a escharbar en las conductas de los implicados es sorprendente e inconcebible.*” En diciembre de 2010, el niño suspende seis asignaturas. Y como dice la Sentencia, esto en principio, ni quita ni pone por sí solo. Pero si se tiene en cuenta que el menor era más o menos buen estudiante, no consta que tuviera esos suspensos con anterioridad, si se tiene en cuenta el episodio de noviembre de 2010 ya referido, y que la madre de el niño al final de la evaluación en diciembre de 2010 le comentó que aquel lo estaba pasando mal, son datos que llaman o deben de llamar la atención a un tutor/a sobre su pupilo. “*No obstante la tutora nada hace, sigue*

²⁹⁴ Vid. SAP de Madrid (Sección 8ª) Sentencia núm. 373/2014 de 16 de septiembre (AC 2015/1056). Jurisdicción: Civil. Recurso de Apelación núm. 434/2013. Ponente: Illmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

sin dar importancia a nada". Sin embargo, una de las testigos de referencia que declaran en el pleito, a la postre, madres de dos compañeros del pequeño, revela que *"Vio las fotos de (...) en el Tuenti diciendo que se iba a suicidar. Su hijo le dijo que estaba mal. Incluso el menor le pidió a ella (la testigo) que dijera a su madre que le sacara del colegio"*. Otra testigo cuenta que *"se anunció en el Tuenti de su hija, que el próximo lunes iban a pegar a (...) en el colegio"*, y narra que su hija le cuenta que en el Tuenti ha visto *"la foto del menor acosado con un cuchillo de cocina"* en el que se leía: *"no me estáis ayudando"*. Consta probado que a partir de ese momento, primeros de abril de 2011, la tutora pone en conocimiento los hechos a la dirección del colegio. La Sentencia condena al Colegio en base al artículo 1903.5 C.c. al considerar que *"(...) En este caso por parte del colegio no se tomaron las medidas de vigilancia y control que tenía a su disposición, ni adoptó ninguna adicional, hasta que tiene conocimiento de su intención de suicidio, inicia aquel expediente y otorga al niño acosado un acompañamiento por un docente, por un hecho que califican de aislado y que no fue tal. (FJ 7º)*.

1.2.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración educativa

Ya en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, nos encontramos con supuestos en los que se demanda a la Administración educativa en base a la responsabilidad patrimonial. La responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos, surge cuando la Administración causa daños que el administrado no tiene obligación de soportar. Estaríamos –con las reservas que ahora se dirán– ante una responsabilidad *directa y objetiva*²⁹⁵. Este orden jurisdiccional aplicará los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y supletoriamente, las normas de Derecho Civil. Reglas civiles que como hemos afirmado anteriormente, también se aplicarán ahora en la jurisdicción contencioso administrativa, junto a

²⁹⁵ Para PANTALEÓN resulta, sin embargo de todo punto incomprensible la responsabilidad objetiva de la Administraciones Públicas que, según la opinión todavía dominante, rige en nuestro Derecho. A este respecto, Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)", en *Perfiles de la responsabilidad civil (...)*, pp. 453 y 465.

las establecidas en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP) si el menor está bajo la guarda de la Administración Pública (Centro docente público). La responsabilidad de las Administraciones Públicas tiene su base, el artículo 106.2 CE y en el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992. De este modo, el artículo 106.2 CE establece que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y el artículo 139, apartados 1 y 2 (LRJAP), y los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Repárese en que la normativa anteriormente referida estará en vigor hasta el 2 de octubre de 2016. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas deroga, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (LRJAP) y el R/D 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial²⁹⁶. La nueva norma regula el procedimiento de responsabilidad patrimonial como una especialidad del procedimiento administrativo común. Entre las principales novedades introducidas destaca que los anteriores procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial que la Ley 30/1992, regulaba en títulos separados, ahora se han integrado como especialidades del procedimiento administrativo común. Así, conforme a la sistemática seguida, los principios generales de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en cuanto que atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales, se regulan en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.²⁹⁷ En concreto, en el Capítulo IV, (Sección 1^a) bajo la rúbrica “De la responsabili-

²⁹⁶ Según su disposición final séptima, la Ley entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

²⁹⁷ La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» conforme a la Disposición final decimoctava.

dad patrimonial de las Administraciones Públicas”²⁹⁸, el artículo 32 (Principios de la responsabilidad), es el equivalente al artículo 139 de la Ley 30/1992, en el que se incluyen modificaciones²⁹⁹. El artículo 32 de la Ley 40/2015, establece que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (artículo 32 Ley 40/2015, Apartados 1 y 2).

Hecho este inciso y por lo que ahora nos interesa, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Educativa por daños causados a un menor por acoso escolar y de los que tenga que responder, al haberse producido en un Centro educativo público, son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Correspondiendo a quien reclama concretar y probar los perjuicios que reclama y su cuantificación, que permitan valorar al tribunal su procedencia; b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o

²⁹⁸ El Capítulo IV está dividido en dos secciones: La Sección 1ª “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, comprende los arts. 32 a 35. La Sección 2ª “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, comprende el artículo 36 relativo a la “Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, y el art. 37 sobre la Responsabilidad penal, establece que “La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”.

²⁹⁹ Entre las novedades más destacables que incluye este precepto, cabe reseñar los cambios introducidos en la regulación de la denominada «responsabilidad patrimonial del Estado Legislador» por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda.

anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir; c) Que exista la oportuna relación de causalidad (nexo causal) entre el funcionamiento (disfunción) de la Administración y el daño causado, de tal manera, que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración³⁰⁰; y d) Que no se de fuerza mayor; e) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Sin embargo, como apuntábamos anteriormente, aunque la responsabilidad patrimonial de la Administración se tilde de responsabilidad objetiva (sin culpa) comprobamos cómo muchos pronunciamientos judiciales acaban mirando a ésta; es decir, entran a analizar si hubo o no actuación negligente por parte del Centro docente Público o de la propia Administración educativa.

- Así ocurre en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) de 15 abril 2010³⁰¹, cuando entra a valorar si en el caso de autos hubo o no falta de diligencia por parte del Colegio (culpa) que no obstante, considera no acreditada suficientemente, si se atiende a las manifestaciones de la familia del menor sobre la “pasividad” o “negligencia” que se les achaca. La familia manifiesta que el Colegio tenía “*pleno conocimiento de lo que le estaba sucediendo al menor*” y mostraron “*su total falta de diligencia requerida en estos casos*”. Por el contrario, la sentencia estima que las actuaciones llevadas a cabo, una vez se comunicó al Equipo Directivo el acoso su-

³⁰⁰ El *funcionamiento normal* permite la imputación de los daños resultantes del riesgo generado por la actuación administrativa. Se trata de daños eventuales o incidentales causados por acciones lícitas de la Administración que debe soportar, así tanto los beneficios como los perjuicios de su actuación (*culpa commoda e ius et incommoda*). Por el contrario, el *funcionamiento anormal* del servicio supone la posibilidad de imputación de los daños causados con dolo, culpa o ilegalidad, tanto si son atribuibles a un agente identificado como si son daños anónimos, atribuibles a la organización administrativa en abstracto. Aquí se incluyen, tanto los casos en los que el servicio ha funcionado mal o defectuosamente (*culpa in committendo*, con un rendimiento por debajo de los niveles medios de prestaciones exigibles en cada servicio), como los casos en que no ha funcionado (*culpa in ommittendo*, cuando existe un deber de actuar).

³⁰¹ Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) de 15 abril 2010 (JUR\2010\259508), Ponente: Ilmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez.

frido por el menor, son consideradas como “*las medidas más oportunas que dio tiempo a realizar y que no fueron pocas*”: “(...) *el caso se había tratado con anterioridad en clase como cada vez que surge un conflicto de convivencia, comentando su importancia y analizándolo desde varias direcciones: el máximo respeto que nos debemos unos a otros; lo arriesgado de hacer juicios de valor previos sobre las personas; la no-discriminación bajo ninguna razón; el grupo como centro integrador de compañeros*”, que “*después de esta primera acción se observó una mejor convivencia durante un tiempo*”, que “*posteriormente se intervino por este motivo en dos o tres ocasiones más, cada vez que su madre avisaba que las acciones habían vuelto a repetirse*”, que “*en estas intervenciones se comentaba además de lo anteriormente expuesto otros aspectos, como la necesidad de los otros, el valor de los demás y se hicieron juegos de reforzamiento de la autoestima con ocasión del día de la paz (Programa de Manos Unidas)*”, que “*la última ocasión fue antes de las vacaciones de Semana Santa, en ella los niños comentaron que era una práctica habitual, que todos se metían unos con otros, pero que en realidad con algunos era más insistente y además no había motivo*”, y que “*ante mi enfado, ya que se había hablado varias veces, en las que parecía que no iba a repetirse, se estableció un compromiso muy serio, el cual no podía romperse o se hablaría con los padres de aquellos alumnos que continuaran con esa práctica*” *Tampoco estas actuaciones están desautorizadas por la recurrente*” (FJ 4º). Por lo que no estando desacreditadas de adverso las pruebas de la diligencia empleada en el Centro (ausencia de culpa), el Tribunal desestima el recurso al no constar que se diera la necesaria relación de con-causalidad entre la actuación del profesorado del menor y demás responsables del colegio, y el daño a éste ocasionado. Considerando que sólo habría responsabilidad, si los profesores o directivos del Centro hubieran intervenido de algún modo, por acción u omisión, en la producción del hecho lesivo: “*no es acorde con el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, aquí inapreciable*”.

- Por el contrario, sí se declara responsable a la Administración demandada Departament D'educacio y de la Compañía de Seguros codemandada Zurich, (responsabilidad patrimonial), en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso-Administrativo) de 30 septiembre de 2009³⁰². Los padres del menor reclaman una indemnización por causa de daños físicos y psíquicos que declaran haber sufrido su hijo, *alumno de segundo de ESO*, (menor de 14 años) del IES Puig-Reig, (Centro docente público) a consecuencia de maltrato recibido por parte de diversos alumnos del centro. Daños que según la prueba obrante en autos constan acreditados y que cabe imputar a la actuación insuficiente de la Administración educativa³⁰³. Queda acreditada la existencia de relación de causalidad entre el daño y la actuación de la Administración: “(...) *del testimonio mayoritario del profesorado que tenía a su cargo el menor, se desprende que tenía conocimiento de las incidencias con el menor pero que no las valoró ni adecuada ni suficientemente en el ejercicio de la función educadora y al tiempo como responsables de la guardia y custodia del menor desde el momento que los padres confían su hijo al centro*”. La Sala fija en 8.000 € el *quantum* indemnizatorio por los daños efectivos causados y que están íntimamente

³⁰² Vid. STSJ de Cataluña (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 4^a), núm. 750/2009 de 30 septiembre (JUR/2009/498172) Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M^a Fernanda Navarro de Zuloaga.

³⁰³ El informe médico del servicio de psiquiatría y psicología clínica del centro de salud mental (...) constata un trastorno adaptativo mixto con síntomas ansioso-depresivo severo, diagnóstico que confirma que los síntomas actuales están íntimamente relacionados con un acontecimiento vital desencadenante (maltrato entre pares). Finaliza señalando que Obdulio deberá iniciar tratamiento con antidepresivos y ansiolíticos, sugiriendo a la familia la necesidad de vigilancia constante dado el riesgo de actuaciones que puedan afectar su propia integridad física. Se sugiere en la medida de las posibilidades que permanezca alejado de la situación de conflicto hasta objetivarse médicamente una reducción significativa de la sintomatología, añadiendo que debería objetivarse la posibilidad de un cambio de su entorno escolar (aula o colegio) ya que se muestra muy temeroso de volver a enfrentarse a la misma situación, que ha generado un importante nivel de desestabilidad en su estado emocional (...). La prueba pericial, practicada por psicólogo del Instituto de Medicina Legal de Catalunya constata un cuadro sintomático de carácter depresivo ansioso reactivo a una experiencia o situación vivida, y por tanto, añade que no tiene porque tener un carácter persistente en el tiempo. (...) considera dicha sintomatología de carácter moderado.

relacionados con un acontecimiento vital desencadenante, el maltrato entre pares, no pudiendo entrar a valorar otros gastos producidos derivados de cambio de colegio, dado que la Administración opone que el citado cambio se ha producido de forma voluntaria al no dar opción a la Administración demandada al cambio de aula o de centro de enseñanza, y al no quedar desvirtuada tal afirmación: *“Los padres optaron por escolarizar a su hijo en una escuela privada sin la correspondiente solicitud, mediante la inspección educativa y el procedimiento establecido en la resolución de preinscripción y matrícula, que habría puesto los mecanismos necesarios en funcionamiento a fin de asignar, como solución alternativa, otro centro docente público al menor”*(FJ 2^a).

- La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso número 6 de Madrid, de 7 de enero de 2014 estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los padres del menor presuntamente acosado, contra la Orden número 4371/2011, de 14 de octubre de 2011, dictada por la Consejera de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid, en la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por los presuntos daños morales sufridos a consecuencia de una situación de acoso escolar o “bullying”, anulándola por no ser conforme a derecho. El fallo admite *“una deficiente actuación o un cierto grado de pasividad, cuando no de una hipotética permisividad en la actuaciones de algunos docentes, sin que ello conlleve poder afirmar la existencia de una culpa in vigilando clara y plena, sino parcial o limitada”*. Con relación a los hechos acaecidos y que pudieran acreditar la existencia de una situación de acoso escolar y la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, pueden distinguirse dos momentos diferentes y separados. El primero, consistente en las manifestaciones realizadas por la madre a la tutora en las cartillas escolares de los cursos 2008/2009 y 2009/2010, en las que se aprecian detalladamente las conductas a que estaba siendo sometido el menor. El segundo, una vez que se activa el Protocolo de Acoso Escolar, el día 30 de abril de 2010. Antes, no consta una denuncia formal ante la Dirección del Colegio. Sobre este extremo, señala la sentencia que

“es cuestionable que pueda afirmarse que la dirección y los responsables del Colegio conocían la realidad de la presunta situación de acoso escolar sufrido por el menor, al contrario que algunos docentes que, sin embargo, no han probado con solidez cuándo y cómo comunicaron a aquellos la situación descrita y qué medidas tomaron para paliarla. Por lo tanto, el fallo admite la existencia de una situación de conflicto entre el hijo de los demandantes y otros dos alumnos, situación conocida por algunos profesores, sin que conste con efectividad qué medidas tomaron para solucionarlo y cuándo y cómo comunicaron esos hechos a la dirección del Colegio Federico García Lorca. No puede acreditarse el alcance de ese conflicto, ni su carácter permanente o esporádico. Pero sí se constata una *“deficiencia en el cuidado y vigilancia de los alumnos o un cierto grado de pasividad en la actuación de algunos docentes, lo que no implica el reconocimiento pleno de una situación de acoso escolar o bullying, pero sí de un cierto nivel del mismo, lo que puede subsumirse dentro del concepto de culpa in vigilando o in omitiendo, aunque con carácter limitado o parcial (...) al no poder ser predicable de las actuaciones seguidas tras la denuncia que puso en marcha el Protocolo de Acoso Escolar, lo que debe limitar en gran medida la posible responsabilidad patrimonial”* (FJ5^o). La sentencia reconoce el derecho de los demandantes a percibir la cantidad de 4.000 euros, frente a los 30.000 solicitados como indemnización, que será abonada de forma solidaria por las partes demandada y codemandada³⁰⁴.

- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de febrero de 2016 viene a resolver y se pronuncia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración ante la deficiente gestión en un caso de acoso escolar y la pretensión de que se declare también la existencia de acoso institucional hacia el alumno acosado. El fallo estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 1300/2012, interpuesto por los progenitores del menor, contra la

³⁰⁴ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 6 de Madrid, núm. 1/2014, de 7 de enero (JUR 2015/254384).

desestimación de su reclamación de responsabilidad patrimonial acordada por la orden número 2546/2013 de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, de fecha 2 de agosto de 2013. Se anula el acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho y se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada. Nótese que por los hechos de acoso hubo denuncia que fue archivada por la Fiscalía de Menores al resultar inimputables los implicados (menores de 14 años), remitiéndose los ahora recurrentes ante esta jurisdicción para la reclamación de la responsabilidad. En lo referente al *acoso escolar*, la resolución administrativa impugnada desestima la reclamación en base a que “la parte interesada no ha acreditado que durante el curso escolar 2010/2011 su hijo sufriera una situación que pueda calificarse de acoso escolar”, así como que los daños reclamados “adolecen de prueba alguna”, pues no constan en el expediente secuelas estabilizadas físicas o psicológicas que puedan ser indemnizables. Por lo que, según la resolución impugnada, *no ha quedado probada la culpa in vigilando, ni de los profesores, ni de los responsables de los centros escolares; todo lo contrario, ha quedado adverbado que adoptaron las medidas adecuadas para prevenir el supuesto maltrato al alumno*. Frente a esta argumentación, la Sala considera que, en el presente caso, debe partirse de la “efectiva constatación del daño por el que se reclama”. Según consta en el expediente, el informe psicológico y psico-diagnóstico del niño concluye que presenta “trastorno por estrés postraumático infantil (F.309.81 DSM IV) de inicio demorado, cronicado, reactivo a un cuadro de acoso psicológico escolar estimado por los informantes como muy probable”; considerándose probada esta conclusión por la Sala y el daño por acoso escolar. Valorando estos elementos concluye que *“la Administración demandada no ha acreditado el efectivo cumplimiento del deber de vigilancia. No se hace referencia a la efectiva aplicación por la Administración educativa de ningún protocolo de actuación específicamente dirigido a la detección y tratamiento de una situación de acoso escolar*. Más importante todavía es que, (...) no se indagó lo

suficiente sobre lo que estaba sucediendo realmente con la convivencia en el grupo del alumno (...). Y lo cierto es que había razones suficientes para actuar en tal sentido, en contra de lo manifestado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su dictamen. Más aún, ante la reiterada denuncia por los progenitores del menor de un posible caso de acoso escolar a los distintos responsables educativos implicados. En conclusión, se estima la falta de cumplimiento por la Administración de su deber de vigilancia para detectar y, en su caso, corregir una situación de acoso escolar. Dicho incumplimiento por la Administración en su posición de garante, al no hacer todo lo posible para conocer lo que estaba sucediendo y actuar en consecuencia, ha contribuido a la producción de un daño psicológico al menor. Daño que el menor no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Ya en lo referente a la petición de que se declare que el menor ha sido víctima de *acoso institucional* por parte de la Administración demandada, no considera acreditado el mismo. Según los recurrentes (padres) se ha producido *“más aún y en adición a esa situación de acoso escolar por sus compañeros, un auténtico acoso institucional como manifestación de una victimización secundaria que ha causado graves trastornos de orden psíquico en el menor (...); se produce una concatenación inexplicable de apercebimientos coincidente con sus quejas por acoso moral y físico”* (...) *“mientras que los acosadores no reciben sanción alguna por su reprobable actuación”* *La persecución de que era objeto (...)* *con continuos partes disciplinarios desde que sus padres denunciaron la situación de acoso que sufría* (...) *“evidenciaba (...) una actitud en la comunidad docente destinada a que el menor se marchara del Centro como reacción y única solución a un problema en el que se hace pasar a la víctima como culpable de lo que le ocurre”*. La Sala señala que los indicios aportados por los recurrentes no son suficientes para presumir que concurra desviación de poder en el ejercicio de la que concurra desviación de poder en el ejercicio de la potestad disciplinaria. Tampoco se aprecia, por carecer de corroboración suficiente, que estas sanciones impuestas

al menor persiguieran como objetivo único o primordial provocar el cambio de centro educativo³⁰⁵.

- Por último, cabe referir por su interés el Dictamen 24/2015 (Sección 1ª) del Consejo Consultivo de Canarias relativo al expediente (474/2014 ID) sobre responsabilidad patrimonial de la Administración educativa³⁰⁶. Fue solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias en relación con la Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Dicho expediente se había iniciado por la reclamación de indemnización formulada por los padres de un menor, a consecuencia daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público educativo en un caso de *acoso escolar con juego sexualizado*, siendo la víctima un menor de 1º de Primaria y los implicados varios menores de 6º de Primaria. Los hechos se remontan al 21 de enero de 2013, cuando los padres del menor afectado denunciaron los hechos acaecidos entre octubre y noviembre de 2012, ante el Fiscal de Menores de Santa Cruz de Tenerife, que en fecha 12 de junio de 2013, acuerda el archivo de las diligencias y la remisión a la entidad pública de protección de menores de testimonio de las actuaciones, a fin de valorar su situación para promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor. En fecha 15 de abril de 2014, los representantes legales de los afectados interponen reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad. Los antecedentes que dieron lugar a la reclamación, constan en el informe de la Directora del C.E.I.P. (...), de fecha 23 de enero de 2013, y en que refiere que a mediados de noviembre de 2012 la madre y la abuela de un alumno de 1º de primaria le comentan que en el recreo del comedor están ocurrien-

³⁰⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 100/2016 de 24 de febrero (JUR 2016/95342). Ponente: Rafael Villafañez Gallego.

³⁰⁶ Vid. Dictamen 24/2015 (Sección 1ª) del Consejo Consultivo de Canarias, La Laguna, a 23 de enero de 2015. Ponente: Sr. Fajardo Spínola. Enlace: <http://dcc.consultivodecanarias.org/2015/0024.pdf>

do “cosas”, sin concretar los hechos. Sólo lo haría posteriormente aludiendo a los “abusos” que se producían en los baños durante el horario de comedor. Por lo que se tomaron las consiguientes medidas (se avisó al Inspector de la zona y a la Orientadora del Centro, se celebraron reuniones con los padres de los niños supuestamente afectados, etc.). Hay un informe pormenorizado de la evaluación realizada al menor afectado, en el que se concluye que el menor parece haber estado sometido a abusos físicos y psicológicos por parte de otros compañeros de cursos superiores. Se ha identificado a los alumnos agresores y se informó a la Inspección General de Educación, con fecha 1 de abril de 2013.

Según las actuaciones llevadas a cabo para determinar si hubo responsabilidad por el personal del centro docente, se concluye por la propia Inspección educativa, que por parte del personal auxiliar del servicio de comedor se pudo incurrir en falta de vigilancia y atención al alumnado que tienen a su cargo. La Memoria-Propuesta de Resolución estima la reclamación porque considera que existe nexo causal entre el daño soportado por el menor y el funcionamiento del servicio público educativo: “la *relación de causa-efecto* entre la actividad de la Administración durante el servicio escolar de comedor y los daños sufridos por el menor ha sido sobradamente acreditada”. Confirmándose que el afectado sufrió abuso por parte de otros alumnos de cursos superiores en el horario del servicio de comedor, y que es achacable a la *culpa in vigilando* en la que se ha incurrido. También se confirma que el menor afectado se le ha causado un *daño* que califican de “vejatorio y degradante” –cuanto menos– para su persona. Por lo que se imputa a la Administración educativa la producción del daño por el que se reclama, y se declara la responsabilidad administrativa en base a la falta de diligencia y por la no adopción de medidas preventivas. La Administración rechaza justificadamente el montante que solicitan los reclamantes por no ajustarse a la realidad.³⁰⁷ La valoración del daño, de carácter efectivo, evaluable e individualizado en atención al daño soportado por el menor, se cuantifica, valorando dichos perjuicios en la cantidad de 6.403,74 euros.

³⁰⁷ Los representantes legales del menor habían solicitado inicialmente a la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad que se les indemnizase con la cantidad de 30.000,00 euros. Después hubo conformidad con la cantidad propuesta.

2. Los responsables civiles ante la jurisdicción de menores por delitos de acoso escolar ex art. 63.1 LORPM

2.1. Delimitaciones previas

Como se ha venido señalando, la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por menores de edades comprendidas entre los catorce a los dieciocho años, contiene disposiciones específicas en la LORPM. La responsabilidad civil exigida en la Pieza de Responsabilidad Civil ante el Juez de Menores es una responsabilidad civil “*ex delicto*” (artículo 2 en relación con el artículo 1 LORPM), regulada en los artículos 61 a 64 de la LORPM. En consecuencia, cuando se trata de mayores de 14 años y menores de 18 años, además de la responsabilidad penal y civil que les es exigible, hay otros responsables civiles que *solidariamente* responderán con él ante la jurisdicción de menores (artículo 61.3 y 4 LORPM).

Ahora bien, la responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores, por los hechos constitutivos de acoso penalmente tipificados cometidos por sus hijos, tutelados o alumnos, respectivamente, es una responsabilidad que se dice *objetiva*, pero como veremos después, en cierto modo, al incluir la facultad de moderación, se acaba mirando a la culpa. Como ya se ha señalado, con la entrada en vigor del artículo 61.3 LORPM se introduce un tercer sistema de responsabilidad civil de padres y “guardadores”, distinto a los contenidos en los Códigos Civil y Penal. SANTOS MORÓN, se cuestiona con acierto, cómo ante hechos idénticos y el comportamiento desarrollado por los padres el mismo, sean tratados de forma diferente según que sean demandados ante la jurisdicción civil (ex art. 1903.2 C.c.) o penal (ex art. 61.3 LORPM)³⁰⁸. Sobre este aspecto incidiremos después.

Obsérvese que la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre que modifica la LORPM, introdujo en la jurisdicción de menores el sistema de ejercicio conjunto de la acción civil y penal a través del expediente penal de reforma. Pero desde un punto de vista procesal el ejercicio conjunto de las acciones no ha supuesto la desaparición de la obligada tramitación de la pieza separada de responsabilidad civil. El artículo 61.1 LORPM establece que: “*La acción para exigir la*

³⁰⁸ SANTOS MORÓN, M.J.: “Daños causados por menores responsabilidad paterna y estándar de diligencia” *Revista de derecho privado*, núm. 3, Mayo-junio 2012, p. 18.

responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En consecuencia, el precepto presenta dos posibilidades para exigir la responsabilidad civil. La primera, seguir el procedimiento regulado por dicha ley según el cual, se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, o la ejercite por sí mismo; teniendo en cuenta que se tramitará con carácter general una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados. Tras la reforma de la LORPM por la Ley 8/2006, la Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006 y la más reciente Circular 9/2011 de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, establece que la ejecución de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil debe desarrollarse de oficio por el Juzgado, como derivación del principio *pro damnato*³⁰⁹. Y una segunda posibilidad, es que se reserve la acción para ejecutarla ante la jurisdicción civil conforme al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede observarse que esta última referencia es incompleta, pues se omite a la jurisdicción contenciosa que también será competente como se verá³¹⁰. En consecuencia, de la dicción literal del artículo 61.1 LORPM se desprende un derecho regulador distinto de la referida responsabilidad que viene conformado por un cambio de jurisdicción dependiendo si hay o no reserva de la acción civil por parte del perjudicado.

2.2. Reserva de acción civil en el Proceso Penal de Menores

Conforme a lo reseñado anteriormente cuando el perjudicado por acoso escolar se *reserva la acción* de responsabilidad civil, ésta puede

³⁰⁹ Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 65.

³¹⁰ Vid. GARCIA RUBIO, M^a P.: “La responsabilidad civil del menor infractor”, ob. cit. p. 43.

ejercitarse ante la jurisdicción civil (que es a la que alude el precepto) y también, ante la contenciosa, aunque en este caso lo omite. En efecto, el orden jurisdiccional civil será el competente cuando sean demandados los padres del menor infractor o cuando la demanda se dirija al Centro docente privado donde tuvieron lugar los hechos delictivos. Y en cuanto al derecho sustantivo aplicable, surge un problema ¿deberá sustanciarse por el artículo 61.3 LORPM o habrá que acudir al artículo 1903 C.c.? En la doctrina hay opiniones divididas y también en la jurisprudencia menor, como se analizará más adelante³¹¹. No obstante, consideramos que atendiendo al tenor literal de la norma, el juez civil debe aplicar los artículos 1902 y 1903 C.c.³¹². De otro lado, será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuando el Centro Docente es público o se demande a la propia Administración educativa. También cuando se reclame la responsabilidad civil del tutor, guardador o acogedor, y estemos en una situación de tutela o guarda administrativa o automática, lo que llevaría a una eventual responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (artículos 139 y ss. LRJAP). En ambos casos se atenderá a los criterios de imputación anteriormente referidos.

Para clarificar la cuestión, recurrimos a la casuística judicial que refleja cómo, en unos casos, se demanda a los padres de los menores autores de las conductas de acoso y en otros, al Centro docente; reparando en el distinto orden jurisdiccional que conoce de los hechos (civil o contencioso) y en el derecho sustantivo aplicable, que no siempre es uniforme. En unos casos se recurre al art. 61.3 LORPM, y en otros, el art. 1903.5 C.c.:

1º. Hubo reserva de acción civil en el proceso penal de menores y demanda ante el órgano jurisdiccional civil, contra los padres de varios menores, en el supuesto de acoso enjuiciado en la Sentencia de

³¹¹ MORENO MARTÍNEZ, entiende que se sustanciará conforme a los arts. 1902 y 1903 C.c. en “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección”. Ob. cit. en *La Responsabilidad civil y su problemática actual*. Ob. cit. p.790. En contra, GARCIA RUBIO cuando señala que el juez civil “tendrá que aplicar las normas materiales (no así las procesales) contenidas en el Ley Penal del Menor y no las recogidas en el Código Civil”, en *La responsabilidad civil del menor infractor* Ob. cit., p. 49.

³¹² Nótese que en estos casos la acción prescribe al año, según el art. 1968.2 C.c. pero el “*dies a quo*” no es el del acto ilícito, sino aquél en que el perjudicado definitivamente ha optado por el ejercicio de la acción en el orden civil y conforme al Código Civil.

la Audiencia Provincial de Jaén de 30 junio de 2010³¹³. En este caso, y como es habitual, se alega por los padres, que al tratarse de un supuesto de acoso escolar no es procedente responsabilizarles porque no pudieron hacer nada para prevenir el daño. No obstante, la Sala acude a aplicar como derecho sustantivo el artículo 61.3 LORPM, en lugar de acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil (1903.2 C.c.); y señala que la acción ejercitada por la actora es una acción de responsabilidad directa, distinta de la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 1902 del Código Civil y en base a ello nos recuerda que el artículo 61.3 LORPM establece la responsabilidad solidaria de los padres si el autor es menor de 18 años, que es directa y objetiva, considerando al respecto que: “(...) *no es factible como pretende la representación apelante exonerar a los padres de la responsabilidad por los hechos cometidos por sus hijos menores de 18 años, al venir impuesta la misma por disposición legal, sin que por otra parte esté acreditado que los hechos se desarrollaran exclusivamente en el centro escolar, tal y como se hace constar en los hechos probados de la sentencia del Juzgado de Menores y así se refleja en la sentencia de instancia, por lo que dicho motivo no puede ser estimado*” (FJ 2^o y 3^o). La sentencia confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Jaén, de 16 de octubre de 2009 y declaró como responsables civiles solidarios a los padres sin que se apreciaran circunstancias para la moderación de la responsabilidad que prevé el artículo 61.3 LORPM, fijando la cuantía de la indemnización por daños morales en 11.185,62 euros.

2^o. Hubo también reserva de acciones en el proceso penal de menores, para ejercerlas en el orden jurisdiccional civil, en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 27 de mayo de 2005³¹⁴.

Ahora, la demanda de responsabilidad civil se dirige contra el Centro Educativo Ikastola (en este caso privado) y el Tribunal aplica correctamente como derecho sustantivo el artículo 1903.5 C.c. utilizando como criterio de imputación la culpa o negligencia del Centro. Resulta probado que el colegio no desplegó un comportamiento diligente, que fuera inmediato y contundente, para evitar la

³¹³ Vid. SAP de Jaén (Sección 2^a), núm. 154/2010 de 30 junio (JUR\2010\370378). Ponente: Jose Antonio Córdoba García.

³¹⁴ Vid. SAP de Álava (Sección 1^a) de 27 de mayo de 2005 (AC\2005\1062). Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Tapia Parreño.

persistencia en el abuso por parte de los compañeros de la niña. Más aún, cuando la propia niña objeto de hostigamiento había puesto en conocimiento de la tutora en varias ocasiones los tratos vejatorios y agresiones de todo tipo que estaba sufriendo, y ésta no actuó con la diligencia debida. Dice la Sala que: “(...) *no se puede asumir que los órganos educativos y directivos actuaran con la diligencia e inmediatez que requería la gravedad de las acciones que estaba sufriendo la hija de los actores. El expediente disciplinario y la denuncia ante la Fiscalía o ante la Delegación de Educación tienen lugar meses después de que ocurrieran los hechos, cuando ya se habían consumado, y aunque sea asumible que la Ikastola presentó la denuncia unos días antes que los padres de la niña, lo relevante no es esa fase final sino qué hizo o más bien qué no hizo la entidad recurrente durante un prolongado tiempo durante el curso escolar 2001-2002 más exactamente desde noviembre de 2001, época en que comienzan los actos de acoso moral contra la niña por parte de varios alumnos, según se señala en la sentencia dictada por el Juzgado de Menores (dato fáctico este con fuerza de cosa juzgada, según el art. 64.10ª LORPM)*”(FJ 2º). El fallo confirma íntegramente la Sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vitoria de fecha 1 de febrero de 2005³¹⁵ y condena al Centro Ikastola a abonar en concepto de daños morales la cantidad de 12000 €. por lo que “*hizo, o más bien qué no hizo, la entidad recurrente*”.

3º. Más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 18 marzo de 2016³¹⁶ declara la responsabilidad solidaria de los padres (madre demandada) y del Centro por un caso de acoso escolar. Nótese que los hechos fueron enjuiciados inicialmente en vía penal, en la que, no solo se condena a la menor por tres faltas (una de lesiones y otras dos de maltrato de obra), sino que lo es por conformidad de la propia menor y, por lo tanto, con conocimiento y

³¹⁵ En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vitoria 1.2.2005 (AC 2005\152) consta probado que las agresiones físicas y psíquicas de la menor por varios compañeros de clase durante los intervalos de tiempo que mediaban entre clase y clase. Se declara probado que los hechos se produjeron en horas escolares, dentro del centro, siendo los agresores y la agredida alumnos del Colegio. Todo ello determina una actuación negligente en el control de los alumnos, debiendo ser el centro educativo el que acredite que agotó el deber de diligencia que le es exigible. Se condena al centro educativo al pago de una indemnización de 12.000 € por daño moral, con base en la edad de la víctima, los hechos prolongados en el tiempo, la conducta desarrollada por los agresores, y que se ha visto obligada a cambiar de ambiente.

³¹⁶ Vid. SAP de Palencia (Sección 1ª), núm. 55/2016 de 18 marzo. (AC 2016\425). Ponente: Juan Miguel Carreras Maraña.

consentimiento de sus padres. Pero hubo reserva de acciones, en este caso, para ejercitarlas en el orden jurisdiccional civil, que es la que ahora se resuelve con base en el artículo 1903 C.c.

En el caso de autos fueron varios episodios de acoso continuado entre 2009 y 2010 que se pretenden desvincular; y las partes son siempre las mismas, la menor acosada y la menor acosadora. Los hechos se producen en Septiembre/Octubre de 2009 a la “salida del colegio” y otro en Marzo de 2010 en la clase de gimnasia. Con independencia de que solo en el episodio de Marzo se causan lesiones objetivables, es lo cierto que todos los episodios reflejan una violencia física y una acción intimidatoria inaceptable de una menor de 12/13 años hacia otra menor de semejante edad y en el contexto escolar. Así, en el primer episodio la víctima sufre un agarrón del cuerpo y tirón de pelo; en el segundo: agarrones, patadas y la tiraron al suelo y en el tercero, aún estando en clase con desconsideración no solo al profesor, sino a los demás alumnos, la menor lanza un balón contra (...) y lo que es peor, vuelve a agarrarla del pelo y a tirarla al suelo, precisando de asistencia médica inmediata e incapacidad por 45 días, según informe forense, y con ingreso en urgencias en Marzo de 2010. La Sala considera que si se diferenciaban a efectos indemnizatorios los tres acontecimientos y se escindieran, al menos debería de haber declarado la responsabilidad de los padres (madre) por los hechos de Septiembre-Octubre, en aplicación de su responsabilidad objetiva del artículo 1903 C.c. Por lo que considera que la sentencia apelada no es congruente a los efectos del artículo 218 LEC, “pues si se diferencian los episodios se debe de hacer con todas las consecuencias y establecer una mancomunidad de responsabilidad y atribuir la responsabilidad de los hechos de Septiembre/Octubre 2009 a los padres; pues sería coherente con la tesis de la sentencia de que ocurren fuera del colegio y los hechos de marzo de 2010 en el colegio. Precisamente, por la necesaria coherencia expositiva y argumentativa de toda resolución judicial, y ante la imposibilidad de individualizar las responsabilidades entre los codemandados, dada la unidad de acción y de resultado en el conjunto de la actuación de la menor autora de los hechos, es por lo que la Sala considera que la *responsabilidad es solidaria* por todos los actos de acoso y por su vinculación causal, temporal, comitiva y finalista.

En cuanto a la *responsabilidad de la madre* demandada, dice la sentencia ser manifiesta en aplicación del artículo 1903.2 C.c., pues “*no consta prueba alguna de haber adoptado alguna medida disciplinaria, educativa o terapéutica para evitar que su hija tuviera un comportamiento inadecuado respecto de la menor acosada que era compañera de clase y que no tenía el deber de soportar las agresiones y/o vejaciones que vino sufriendo durante varios meses con solo 12 y 13 años edad de manera continuada e injustificada*” (FJ2°).

En lo que a la *responsabilidad del Colegio* se refiere, y por extensión de su compañía de seguros, también se declara manifiesta en relación con el incidente mas grave en cuanto al resultado, acaecido en 2010 en el centro académico y en horas lectivas, aunque se desarrollara en el patio por ser educación física. Respecto a los otros dos incidentes iniciales de acoso de 2009, si bien no tuvieron ni la gravedad, ni las consecuencias de los hechos de marzo de 2010, no exime de responsabilidad al colegio. Y ello porque aunque ocurrieron fuera de Colegio, ello no supone una desvinculación del ámbito académico. La sentencia alude a una interpretación amplia del ámbito académico y establece que el deber de reparar el daño se impone al centro y éste responde cuando mantiene un control del alumnado, sea total o parcial, ya sea en horas lectivas o en un tiempo posterior. De “reprochable” en el ámbito de la culpa civil se califica la reacción del Colegio. “*La vigilancia del colegio sobre el entorno de la alumna acosada y sobre la actitud que con ella observaba alguna de sus compañeras fue escaso, inadecuado y tardío; y, sobre todo, fue tibia, poco ejemplarizante y a destiempo la reacción sobre los hechos y que dio lugar a que la única solución efectiva para la salud de la menor acosada fuera abandonar el colegio a casi final de curso, lo que nunca es deseable, ni adecuado, para el alumno/a afectado*”. Por lo que la sentencia declara la responsabilidad solidaria de los codemandados obligados al pago de 3000 € por secuelas, 6000 € por daño moral. La cantidad establecida devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la demanda para los demandados particulares y para la compañía aseguradora los intereses desde el 31-03-2010 sobre un principal de 10.795.20 € y hasta el completo pago.

4°. Por último, resulta de interés traer a colación y citar nuevamente el caso Jokin. Después de todos los pronunciamientos que en vía penal si dictaron con condena para los menores, los padres ejercitan en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la acción responsabilidad patrimonial frente a la Administración Pública;

demandando también en esta vía (contencioso-administrativa) a los padres de los agresores conforme al artículo 1903 C.c.

La acción con respecto al Colegio público Instituto de Educación Secundaria Talaia BHI, adopta como criterio de imputación la culpa (*culpa in vigilando, in eligendo o in organizando*). En este sentido, la Sala entra a valorar, si fueron o no adoptadas todas las medidas conducentes a la evitación de un daño tan grave como fue el suicidio, siendo la causa que lo motivó el acoso escolar a que fue sometido el menor; e igualmente analiza si se dio o no la exigible relación de causalidad en la falta de atención o vigilancia de los menores por parte del personal educativo y el trágico final producido. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de Contencioso Administrativo, Sección 3^a) de 8 de febrero de 2011³¹⁷ considera que la actuación de los responsables del Centro fue *absolutamente diligente* y en consecuencia no declara su responsabilidad: “A efectos de *valorar las conductas susceptibles de determinar responsabilidades por negligencia, es decir, «culpa in vigilando, in eligendo o in organizando», por parte del IES Talaia BHI (Equipo Directivo, Profesores de 4º de la ESO y Profesores de Guardia), hemos de partir, en base a los hechos recogidos anteriormente derivados de decisiones de la jurisdicción penal, de que cuando (...) fue agredido en el interior del Instituto, las mismas tuvieron lugar fundamentalmente en los intervalos de clase, es decir, con ausencia de profesores en el aula, no siendo testigo de ello ningún profesor ni de forma directa ni indirecta, sin que nadie lo revelara (...)* Con ello, ha de concluirse que desde el primer suceso (el día 13 de septiembre) hasta que se produce la reacción, lógica, de la Jefa de Estudios, apenas transcurren 4 días y tal actuación comienza desde el mismo momento que se tiene noticias del problema (...). De ahí que la Sala considere totalmente diligente la actuación del centro escolar” (FJ 6º).

De otra parte, y en cuanto a la solicitud de condena de los padres de los menores implicados, en primer lugar, se analiza la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para su enjuiciamiento. Al respecto, y en base al artículo 2 e) de la Ley 29/98, cuyo objeto es evitar el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», la Sala decla-

³¹⁷ Recurso contencioso administrativo nº 557/07 Sentencia núm. 93/11 de 8 de febrero de 2011 de la Sala de Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del TSJ del País Vasco Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis ángel Garrido Bengoetxea.

ra competente a este órgano jurisdiccional³¹⁸. Por lo que, en segundo lugar, se pronuncia sobre la posible responsabilidad de los padres y adopta el mismo criterio de imputación: la culpa (ex artículos 1902 y 1903.2 C.c.). En base a estos preceptos declara e imputa a los padres los daños causados a Jokin, pero no todos los daños; como ya vimos en el proceso penal, los menores implicados fueron absueltos del delito de inducción al suicidio. De ahí que los padres sean condenados civilmente por la gravedad de los hechos y el acoso sufrido por Jokin, pero no por el resultado final de suicidio. La Sala considera prudencial la suma de 10.000 € por cada uno de los menores implicados, en concepto de daño moral. Indemnización que en este triste suceso percibirán los padres de aquél, como sus herederos.

2.3. Ejercicio de la acción civil en el Proceso Penal de Menores

Cuando *no hay reserva de acción civil* y se ejercita la acción ante el Juez de Menores, bien por el Ministerio Fiscal o por el propio perjudicado (artículo 61.1º LORPM), la regla básica y el derecho sustantivo aplicable a la responsabilidad civil *ex delicto* es el referido en el artículo 61. 3º LORPM: “*Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*».

De su tenor literal resulta que los obligados por la responsabilidad civil establecida en la LORPM, son: en primer lugar, el menor (14 a 18 años) condenado como autor conforme a los tipos delictivos vistos; por lo que es responsable penal y civil también; y en segundo lugar, *solidariamente* con él, responderán sus “*padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden*”.

³¹⁸ El del art. 2 e) de la Ley 29/98 establece la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de: «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo, aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

2.3.1. Desajustes de la responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1903 C.c.) y la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 61.3 LORPM)

Una primera observación y en lo que se refiere al acoso escolar, vemos que el art. 61.3 LORPM no menciona como responsable civil al Centro docente, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 1903.5 del Código Civil. Nótese que al mencionar sólo a los “padres, tutores acogedores o guardadores”, desde la entrada en vigor de la LORPM, se ha cuestionado doctrinalmente si los Centros escolares pueden ser demandados (en la pieza separada de responsabilidad civil) en esta sede especial de la jurisdicción de menores. Lo que lleva a plantearnos si esta omisión responde a un olvido del legislador o a una aparente laguna legal. Esta cuestión ha sido resuelta por la doctrina en sentido negativo. MORENO MARTÍNEZ con base a los debates parlamentarios de la LORPM señala que “en modo alguno”, pues la intención del legislador fue la de incluirlos, aunque sin mayores precisiones, dentro de la denominación *guardadores de hecho*. Si bien, entendida ésta, no en un sentido técnico, sino vulgar por ser quienes en ese momento ejercen funciones de guarda por delegación de sus padres y tutores³¹⁹. Compartimos plenamente estas consideraciones, que de otra parte, es la opinión mayoritaria en la doctrina³²⁰ y así ha quedado corroborado también en la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado: “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

³¹⁹ Vid. MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley Penal del Menor y últimas reformas administrativas), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Coord. Moreno Martínez). Ed. Dykinson, Madrid, 2000 p. 420, nota a pie n° 31. Del mismo autor, en igual sentido, “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección”. Ob. cit., p.792.

³²⁰ Entre otros, DÍAZ-ALABART, S.: “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, en *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la enseñanza*, de Silvia Díaz Alabart y Clara Asúa González, ed. Montecorvo, Madrid, 2000, op. cit., p. 43. También RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, Carlos. *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Ed. Laberinto. Madrid, 2007, p. 41. Y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes.” *Diario La Ley*, N° 7359, Sección Doctrina, 10 Mar. 2010, Año XXXI, Ref. D-79, (LA LEY 354/2010).

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 artículo 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 artículo 1903.5 CC, pues no debe, a este respecto, olvidarse la cláusula general de supletoriedad contenida en el artículo 4.3 del Título Preliminar del Código Civil (...) Alternativamente podría articularse la reclamación civil en la responsabilidad subsidiaria del centro conforme a lo dispuesto en el artículo 120.3º CP, teniendo en cuenta la supletoriedad del Código Penal en virtud de la Disposición Final Primera LORPM”.

Paralelamente y para señalar otra diferencia más con respecto a la regulación contenida en el artículo 1903.5 C.c., el artículo 61.3 LORPM refiere una responsabilidad solidaria (de los mencionados y de los omitidos) que “*responderán solidariamente con él*. Lo que significa –como apunta DIAZ-ALABART– que ahora, el Centro docente pasaría del régimen de responsabilidad subsidiaria a una solidaria³²¹. La propia Exposición de Motivos de la LORPM no duda en calificar de “revolucionario” el sistema de responsabilidad civil que incluye en su articulado. La LORPM introduce el principio en cierto modo “revolucionario” de la *responsabilidad solidaria* con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso, de la todavía vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Exposición de Motivos Apartado II, 8 LORPM), aunque au-

³²¹ Vid. DÍAZ-ALABART, S.: “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”. Ob. cit. pp. 43, 44, y 102. La autora nos apunta cómo en los debates parlamentarios una las cuestiones esenciales fue la de determinar si el carácter de la responsabilidad de los mencionados en el art. 61.3 LORPM debía revestir el carácter de solidaria o subsidiaria, dejando en un claro segundo plano otras cuestiones con importantes repercusiones.

toras como GARCIA RUBIO no ven ninguna novedad en esta regla de la solidaridad del menor infractor como responsable directo y los responsables indirectos³²². En el ámbito civil, de existir responsabilidad directa del menor en virtud del artículo 1902 C.c., no cabe duda que, solidariamente con ella, existirá la responsabilidad civil indirecta de las personas mencionadas en el artículo 1903 del mismo cuerpo legal”. Y ello tiene su reflejo en que el art. 61.3 LORPM ha querido establecer “un régimen más estricto que el previsto en el Código Civil mediante la responsabilidad cuasi objetiva, solidaria y directa, junto al menor, de sus padres y guardadores”, según refiere la Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado³²³. No obstante, algunos autores (LLAMAS, 2007)³²⁴ y algunas resoluciones judiciales no dudan en calificar dicha responsabilidad (de padres y guardadores) como *objetiva*, ya que el responsable no queda exonerado de la misma aun cuando acredite la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda.

Sobre el particular, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (176/2003) de 19 de junio, que según CARRERA DOMENECH³²⁵ inicia una línea de argumentación más sólida basada en un estudio que parte del carácter autónomo y diferenciado de las reglas de responsabilidad civil de la LO 5/2000 respecto de aquellas otras contenidas en el C.c. y en el CP. Dice la sentencia que “*Sobre este nuevo modelo se ha sostenido la tesis de que se trata de una responsabilidad por culpa cuasi-objetiva por la implicación que estas personas, según los casos, han de tener en el proceso del desarrollo per-*

³²² Vid. GARCIA RUBIO, M^a P., en “La responsabilidad civil del menor infractor” Ob. cit., pp. 43 y 44.

³²³ Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 64.

³²⁴ Para LLAMAS en el mencionado art. 61.3 LORPM, consciente o no de ello, el legislador consagra con absoluta claridad una responsabilidad objetiva y solidaria de los padres. Y que la misma no se fundamenta en culpa alguna de tales padres, sino sencillamente en el hecho de serlo. Responsabilidad más claramente objetiva incluso que la del 1903 del Código Civil (si es que a alguien le queda alguna duda sobre el carácter objetivo de ésta) dice el autor. Vid. LLAMAS POMBO, Eugenio “Padres y colegios: responsables y negligentes” *Práctica de Derecho de Daños*, N^o 45, Sección Editorial, Enero 2007, (LA LEY 4473/2006).

³²⁵ Vid. CARRERA DOMÉNECH, Jordi, “Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000.” Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.14/2004 (BIB 2004\1730).

sonal del menor; con lo que todo esto puede ayudar para intentar evitar la dejadez en la educación, como la actitud de protección y de justificación de la conducta del niño". Por el contrario, parece más convincente la tesis de quienes opinen que se trata de una responsabilidad objetiva para quienes responden por hecho ajeno. Ello es así porque se prescinde totalmente de los criterios de imputación subjetivos, los cuales sólo se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del juzgador la moderación de la responsabilidad, en el sentido de que podrá graduarse la cuantía de la indemnización, pero no suprimirla, «cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave» (artículo 61.3. LORPM).

En esta línea, incide la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de enero de 2015, cuando señala que la actual regulación de la responsabilidad civil en la Ley Penal del Menor tiene una doble finalidad, “pues por un lado se amparan los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola asimismo de la más que probable insolvencia del menor infractor, mientras que por otro se busca una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándoles de las consecuencias civiles que los menores comentan al trasgredir los deberes que tienen sobre ellos.”

Responsabilidad solidaria del menor infractor y de los “otros” que responderán con él que, no obstante podrá ser “*moderada*” por el Juez según los casos, cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Es posible pues una moderación de dicha responsabilidad civil a cargo de los padres y asimilados, tanto *ad intra* (en su relación con el menor) como *ad extram* (en relación con las víctimas del delito). Pero esta facultad (discrecional) atribuida a los jueces ha de ser rogada, no pudiendo ejercitarse de oficio ni al alza ni a la baja, ha de basarse en la prueba practicada y ha de ser motivada expresamente en la sentencia³²⁶. Repárese en que, por el contrario, el artículo 1903.5 C.c. señala que dicha responsabilidad “*cesará*” (no se moderará) “cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. Facultad moderadora del juzgador, que en opinión de SANTOS

³²⁶ SAP de Valencia (Sección 5ª) de 14 de enero de 2010 (JUR/2010/211507. Ponente: Domingo Boscá Pérez.

MORÓN, es distinta, pues los jueces penales son más benévolo que los civiles a la hora de enjuiciar comportamientos paternos, tomando en consideración los intentos – aunque infructuosos– de los padres de educar o vigilar al menor para reducir o moderar la responsabilidad, moderación que en la práctica se traduce en una reducción de la indemnización³²⁷. Para RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, la moderación a la que alude el precepto no es la mejor de las posibles: desnaturaliza la figura de la responsabilidad objetiva e introduce un elemento de inseguridad jurídica al operador jurídico³²⁸. En definitiva, como apunta LLAMAS “volvemos a la culpa”³²⁹.

Así las cosas, para que exista relación de causalidad entre la conducta de cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 61.3 LORPM y el daño sufrido por la víctima, habrá que buscarse un criterio de imputación objetiva que permita atribuir el daño a la conducta del responsable solidario. Este criterio no puede ser otro que el ejercicio del deber de guarda que tendrá que ser atendido en el momento de la determinación de los sujetos responsables. El criterio de imputación que utiliza el artículo 61.3 LORPM para estos otros responsables es el de la responsabilidad cuasi-objetiva con la finalidad de dar satisfacción efectiva a las víctimas. Y por lo que ahora nos ocupa, para que las víctimas de los daños derivados del acoso escolar no queden sin resarcimiento.

2.3.2. La interpretación del inciso “*por este orden*” del art. 61.3 LORPM

El artículo 61.3 LORPM *in fine* señala que los mencionados como posibles responsables (padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho) responderán “*por este orden*”. La inclusión de este inciso se presenta confuso y ciertamente desafortunado³³⁰, y aunque

³²⁷ SANTOS MORÓN, M.J.: “Daños causados por menores responsabilidad paterna y estándar de diligencia” *Revista de derecho privado*, Núm., 3, Mayo-junio 2012, pp. 15 y 16.

³²⁸ RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C.: *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Ob. cit. p. 9.

³²⁹ Vid. LLAMAS POMBO, E. “Otro despropósito: la responsabilidad penal del menor, culpa in educando de sus padres”. *Práctica de Derecho de Daños*, n° 75, Sección Editorial, Octubre 2009 (LA LEY 18750/2009).

³³⁰ Para RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, la redacción es desafortunada y redacción es manifiestamente incorrecta por dos motivos: en primer lugar, porque empie-

la doctrina aborda la cuestión y los criterios interpretativos que plantea el inciso “por este orden”³³¹, la solución no es fácil y de las distintas interpretaciones posibles tenemos reflejo en los Tribunales.

a) Una primera interpretación, conforme a la literalidad del precepto, apunta un *orden escalonado excluyente*; es decir, si existen los padres del menor o menores implicados no procedería, ni el segundo, ni los sucesivos llamamientos; lo que puede llevar a resultados poco satisfactorios, nada equitativos e incluso injustos. Sin embargo, de aceptar esta interpretación lineal, nos encontraríamos con la paradoja de que el resultado sería el contrario al pretendido por el legislador con esta normativa. Como se ha expuesto, el legislador quiso introducir un sistema de responsabilidad civil de *mayor alcance y severidad*, con el fin de amparar mejor los derechos de las víctimas, al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndolas también frente a la bastante frecuente insolvencia del menor infractor. Pues “lejos de ampliar el ámbito subjetivo de la responsabilidad civil en el caso de delitos cometidos por menores, de aceptar esta interpretación literal del precepto se impediría, verbigracia, el juego de la responsabilidad civil prevenida en el artículo 120 del Código Penal para el caso de los delitos cometidos por adultos”³³². Y es que, en la mayoría de los casos de delitos cometidos por menores habrá padres, y sobre ellos recaerá dicha responsabilidad “solidaria” junto a sus hijos, aunque los hechos se hayan producido fuera de su ámbito de control como ocurre, particularmente en los supuestos de acoso escolar tradicional, aunque no en todos; pues como ya se ha expuesto, es cada vez más habitual que exista una co-ocurrencia entre el bullying tradicional y el ciberbullying; y en este último caso, las conductas de acoso pueden llevarse a cabo fuera del centro escolar y bajo la “guarda” de los padres.

za estableciendo una regla de responsabilidad solidaria y termina con la coletilla “por este orden”. Vid. *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Ob. cit. pp. 7 y 8.

³³¹ Vid. entre otros, CARRERA DOMÉNECH, J.: “¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec.4ª, 23.12.2003”. Ob. cit. pp. 4 y ss.; MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección” Ob. cit. pp. 794 y ss., y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes.” Ob. cit. (LA LEY 354/2010).

³³² Vid. en este sentido la SAP de Guadalajara de 9 de octubre de 2014 (JUR 2014, 286331) y la SAP de la Rioja (Sección 1ª), núm. 2/2015 de 8 enero (ARP/2015/112).

En los supuestos de *acoso escolar* este criterio sería de aplicación cuando el Centro haya podido cumplidamente acreditar la ausencia de su falta de diligencia. Criterio acogido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 febrero de 2010, donde van a resultar responsables solidarios los dos menores implicados y sus respectivos padres³³³. En el caso de autos consta probado el acoso sufrido por un alumno de 2º de ESO; acoso escolar, en sus diversas manifestaciones, agresiones, insultos y amenazas, infligiendo al mismo un acoso crónico que comportó una humillación en el menor que afectó a su dignidad humana. Los propios menores acusados reconocieron parcialmente los hechos. *“El día 06-05-08 sobre las 12:00 horas durante un intercambio de clase cuando estaba en interior del aula con sus compañeros y sentado en su asiento, se le encaró su compañero de clase (...) y le reclamó un chicle, (...) se negó a dárselo. (...) insistió hasta que finalmente empujó y tiró al suelo, quien al levantarse y dirigirse a su compañero, recibió un puñetazo en la cara que le produjo una contusión en la boca con hematoma y edema en labio superior, gingivitis postraumática y rotura de diente incisivo superior (...) Poco después de este incidente y durante el recreo en el patio del centro escolar, (...), amigo de (...), le dijo: “esto para que te vayas enterando”. Por estos hechos se abrió expediente disciplinario en el centro escolar contra (...). Previamente en ese mismo curso e incluso en el anterior, los dos menores, especialmente uno de ellos, incomodaron y hostigaron a su compañero. (...) de forma continua daba collejas, así como le insultaba con expresiones: “gordo, eres un mierda”, todo ello en presencia de sus compañeros, generando un sentimiento de humillación en el menor. Mientras (...) en una ocasión el día 03-10-07 abrió la mochila de Íñigo y cogió su teléfono móvil que fue pasando a otros compañeros, hasta que uno de ellos se lo quedó y fue expedientado disciplinariamente por esos hechos”*. El fallo de la Sentencia dictada en el Rollo de Menores condena a los dos menores como responsables de un delito contra la integridad moral del artículo 173 del CP y a uno de ellos también como responsable de una falta de lesiones del artículo 617.1 del CP. Y en concepto de responsabilidad civil declara la responsabilidad solidaria de uno de los menores implicados, que indemnizarán a la víctima en la suma 1.100 € por los días de sanidad y secuelas derivadas de la falta de lesiones; declarando también la responsabilidad solidaria del dos menores y sus padres (responsables legales) que indemnizarán al menor en la suma

³³³ Vid. SAP de Castellón de 2 febrero de 2010, núm. 32/2010 de 2 febrero. (ARP 2010/643) Ponente: Sr. D Esteban Solaz Solaz.

de 1.200 € como daño moral derivado del delito contra la integridad moral. La Audiencia confirma la sentencia y por tanto declara la responsabilidad solidaria de los dos menores con sus padres.

b) Una segunda interpretación, sería la que pasa por no admitir el orden excluyente anteriormente referido. Sería la tesis de llamada de la *responsabilidad acumulativa*, que presentaría a su vez dos posibilidades. Una primera, acumulativa solidaria, según la cual cabría entender que pueden responder *solidariamente* los sujetos de más de una categoría a la vez (padres y Centro Docente) cuando sus labores de guarda y vigilancia están entremezcladas o concurren más de una función de guarda. Una segunda, acumulativa en cascada, lo que llevaría a que la exigibilidad de la obligación, en caso de insolvencia o impago del primer grupo (padres), determinaría su exigibilidad al siguiente en el orden establecido, de forma *subsidiaria*.

— La tesis *acumulativa solidaria* fue acogida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de diciembre de 2003. Esta sentencia, dictada en el marco de la jurisdicción penal de menores, declara la responsabilidad solidaria junto al menor, de sus padres y del Centro docente; estimando que todos aquellos que tenían de hecho o de derecho una función de guarda (padres y Centro docente) responden solidariamente. Consta acreditada la existencia de una falta de maltrato de obra del artículo 617.2 CP y un delito de amenazas del artículo 169.2 CP imputables al menor. Por todo ello, la Sala considera que, “teniendo en cuenta el criterio ecléctico de imputación objetiva por el que se ha optado (deber de educación, formación y corrección, así como el de guarda y vigilancia), van a resultar responsables solidarios con el menor, tanto sus padres como el Colegio Altamira. La Sala incide en que el Centro tenía atribuidas las facultades de guarda y vigilancia durante la jornada escolar, además de ejercer la función formativa; función ésta compartida con los padres. La solución dada por la sentencia parece convencer a la doctrina.

En este sentido, CARRERA DOMENECH señala que ante la concurrencia de más de una función de guarda no determina una responsabilidad en cascada, sino las más de las veces, una responsabilidad acumulada como la que se aprecia en esta sentencia³³⁴. Por su parte, MORENO

³³⁴ Vid. entre otros, CARRERA DOMÉNECH, J.: “¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec.4ª, 23.12.2003”. Ob. cit. p. 9.

MARTÍNEZ señala al respecto que cuando, como en el caso de acoso escolar, el hecho delictivo se produce durante la permanencia en el centro escolar, los llamamientos en cuanto a los sujetos responsables, deben ser efectuados tanto en relación al centro docente, por sus labores de vigilancia y control –al amparo del guardador de hecho– como con quien o quienes, desempeñan, con carácter general, las funciones de guarda (padres, tutores, etc.)³³⁵. La Sala condena, pues, solidariamente al menor, a sus padres y al Colegio Altamira, a abonar al menor víctima la cantidad de 174 € (frente a los 750 € reclamados) en concepto de indemnización del daño moral atendidas la gravedad de la infracción y las circunstancias de hecho y del propio menor, víctima ya en otras ocasiones del acoso de alumnos del anterior Colegio. En este supuesto no estaríamos ante una responsabilidad acumulativa en cascada, sino ante una responsabilidad acumulada solidaria.

Tesis que acoge la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de enero de 2015³³⁶ que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Logroño, de 29 de enero de 2014. La Sala parte de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participen en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control, aunque sea potencial o cuasi-potencial, de su comportamiento. En el caso de autos, el menor acosado fue objeto de hostigamiento en el IES “Batalla de Clavijo” durante todo el curso 2012 y 2013. Que los ataques los protagonizaba un menor (mayor de 14 años), en unión a otros seis menores no expedientados por tener en la fecha de los hechos menos de 14 años³³⁷. La Audiencia declara la responsabilidad civil solidaria del

³³⁵ Vid. MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección” en *La Responsabilidad civil y su problemática actual*. Ob. cit. pp. 795.

³³⁶ Vid. SAP de la Rioja (Sección 1^a) núm. 2/2015 de 8 enero (ARP/2015/112. Ponente SR. D. Fernando Solsona Abad

³³⁷ En el FJ 2^o de la sentencia consta probado que, antes de que se produjera la lesión del día 3 mayo y que dio origen a la denuncia penal, le llamaban “gordo, gilipollas, cabrón, que le daba golpes en la cabeza, bofetadas y puñetazos; que un menor de 14 años le bajó los pantalones delante de sus compañeros, que le decía a (...) que parase pero que este seguía con su conducta, que le tenía miedo y se encontraba muy mal, con problemas para dormir, comer, estudiar y llevar una vida normal” (...) Existe objetivación médica de que el menor padece un cuadro de trastorno ansioso-depresivo (informes de la doctora D^a Valentina e informe de la psicólogo del Instituto de Medicina legal de la Rioja). En todos estos informes se expresa como factor concurrente que el menor refiere una situación de acoso escolar. Si bien en

menor, junto a la de sus padres y de la Comunidad Autónoma como titular del Centro escolar y el IES Batalla de Clavijo; entendiendo que lo propio es compartir responsabilidades. De ahí que la Sala señale, cómo el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 “no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios” (FJ 4º). Concurrencia de distintos responsables, que la Sala justifica atendiendo a la finalidad de la norma (art. 61.3 LORPM) que “busca una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores” responsabilizándoles de las consecuencias civiles que éstos comentan al trasgredir los deberes que tienen sobre ellos.

— La *tesis acumulativa en cascada* nos lleva a entender que la exigibilidad de la obligación, en caso de insolvencia o impago del primer grupo (padres), determinaría su exigibilidad, de forma *subsidiaria*, al siguiente en el orden de llamamientos establecido. Tesis que acoge —según nuestro parecer— la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 15 de noviembre de 2013³³⁸, donde se declara la responsabilidad solidaria de una de las menores implicadas y sus respectivos padres en un caso de bullying con co-ocurrencia de cyberbullying. La indemnización por el daño moral sufrido por el menor se cifra en la cantidad de 6.000 euros. Pero en este caso, del pago de la referida suma responderá de manera *subsidiaria* el Centro, Colegio San Martín de Porres. Por lo que la Sala señala como responsable solidario junto al menor, al primer grupo (padres) pero de forma subsidiaria, la exigibilidad de la obligación correspondería al Centro docente (entendemos en caso de insolvencia o impago de los padres). Recordemos que en el caso de autos, consta probado el acoso tradicional que sufrió el menor (en

este caso, ambas hacen referencia a la “posible influencia en ese estado de la conflictividad parental que el menor vive en su casa.”

³³⁸ Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1ª), núm. 209/2013 de 15 noviembre (JUR/2014/3749) Ponente: Illma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

todas sus manifestaciones), y también el más moderno *ciberbullying*, ya que el hostigamiento se magnificó al colgar una de las menores, una fotografía de la víctima en el portal de Tuenti de Internet. “*La publicación de la citada fotografía, puesta en relación con algunos de los crueles comentarios que la misma provocó entre varios de los menores acusados ese mismo día en Tuenti, corroboran objetivamente las manifestaciones de la víctima en orden a que “después de la foto se agrava todo” y a que “se seguían metiendo conmigo cada vez más, después de la foto”, hasta el punto de que el único amigo que tenía en clase llegó a pedirle que sólo se acercara a él fuera de clase*”. Por estos hechos el Juzgado de Menores n^o 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el Expediente del Reforma de 27 de diciembre de 2012 dictó sentencia en el siguiente sentido: “(...) *se condena a los menores (hasta 9 menores) como responsables en concepto de coautores de un delito contra la integridad moral. Asimismo condena a otros dos menores y sus respectivos padres a pagar solidariamente al menor la cantidad de 6.000 euros en concepto de indemnización del daño moral sufrido. Del pago de la referida suma responderá de manera subsidiaria el Centro Colegio San Martín de Porres (...)*”. Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por las defensas de algunos de los menores implicados. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la menor que colgó la foto y estima el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de los demás menores. Por lo que se confirma en todos sus extremos la condena solidaria de la menor (...), sus padres y de forma subsidiaria el Colegio.

Vista la anterior casuística judicial, puede colegirse que el inciso “por este orden” ha de interpretarse, no conforme al tenor literal del precepto, por no suponer un orden de exclusión automática y sucesiva; sino como una simple enumeración de los posibles responsables. Con la peculiaridad de que dependerá en cada momento de quien tenga al menor bajo su guarda y control cuando se producen las conductas de acoso; y que generalmente, será el Centro docente; pero no podemos obviar que, en estos casos, los padres de los menores agresores suelen ser advertidos por el Colegio de las conductas de acoso incipientes llevadas a cabo por sus hijos. De este modo, entrarían en juego deberes concurrentes o entremezclados que corresponden a ambos a la vez (padres y Colegio), en sus respectivas esferas de atribución. Deberes de educación, formación y corrección, junto a los de vigilancia y control, que han de ser extremos ante el menor signo de

debilidad que haga sospechar indicio de acoso en un menor, tanto en su vertiente de *bullying* y más aún, en los casos de co-ocurrencia con el *ciberbullying*. Por lo que la mejor opción, a nuestro parecer –y de darse estas circunstancias–, sería la condena solidaria del menor infractor, sus padres y el Centro docente, por participar éstos dos últimos grupos de responsables (padres y Colegio) en el proceso de socialización y gestión educativa del menor.

3. Los responsables civiles ante la jurisdicción de menores por delitos de *child grooming* y *sexting*

Cuando un menor de entre 14 y 18 años realice actos de captación emprendidos deliberadamente con el objetivo de entablar amistad y crear un vínculo emocional con un menor (16 años) con fines de actividad sexual o explotación del mismo, habrá cometido un delito de *child grooming*. En el caso de delito de *sexting*, y otras modalidades delictivas perpetradas mediante móviles y dispositivos tecnológicos, cabe reiterar, que estas conductas no encontraban encaje en un tipo penal específico. El nuevo apartado incluido en el artículo 183 ter del Código Penal tras la LO 1/2015, sanciona al que a través de medios tecnológicos del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

Por lo que ahora interesa, para el supuesto concreto en el que el menor infractor autor de conductas de *child grooming* y las conocidas como *sexting*, no se encuentre bajo tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, la responsabilidad civil será solidaria con sus padres (ex artículo 61.3 LORPM). Huelga en este caso aludir a la cláusula “por este orden” que refiere el precepto, pues la responsabilidad solidaria del menor con sus padres es la regla que impera en la mayoría de las sentencias consultadas, al imputar a los progenitores la trasgresión del difícil deber de vigilancia en el uso de las TICs o dispositivos móviles, así como en la dejadez en la educación, en la transmisión de valores y respeto, en todos los órdenes, a los demás.

- a) En el caso de *child grooming*, la única sentencia donde el agresor es un menor de edad, aunque próximo a cumplir los

18 años, es la ya citada del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013 y confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 3 de octubre de 2013. De los hechos probados, resulta que un adolescente de 17 años de edad acosó a una menor de 12 años; le pidió que le enviara fotografías íntimas y le propuso en más de una ocasión mantener relaciones sexuales utilizando la aplicación de mensajería telefónica “whatsapp”. El acusado y la adolescente se habían conocido en la red social “Tuenti”. Tras mantener varias conversaciones, se intercambiaron los números de teléfono y empezaron a mantener charlas a través de la aplicación de mensajería. Empezó así a enviarle reiterados whatsapps proponiéndole quedar con ella para realizar actos sexuales”. El acoso se remonta a septiembre de 2012. El día 2, a las 12,04 horas, el joven hizo comentarios a la víctima sobre asuntos sexuales, aun después de que ésta se negara a quedar con él, basándose precisamente en la diferencia de edad que existía entre ambos. El mismo día, solo dos horas más tarde, el joven pide a la adolescente que le enviara una foto en ropa interior; además, le remitió una imagen de un pene en erección. Todo ello, a sabiendas de que la niña tenía 12 años, pues ésta se lo hizo saber con reiteración, incluso en “tono airado y recriminatorio”. El imputado prosiguió en su actuación de hostigamiento de carácter lascivo, promoviendo sin disimulo ni reparo el contacto personal y sexual con la menor. El 11 de septiembre constan varios mensajes a través del sistema gratuito para móviles. El acoso continúa. El acusado reitera su deseo de encontrarse con ella y además se adentra nuevamente en el terreno sexual y solicita a la menor que, de haber una cita, le permita realizar tocamientos. Su persistencia hizo mella en la adolescente, que se volvió retraída y se sumió en un estado de aislamiento (...). Al percatarse del cambio de comportamiento de la menor, la hermana y la madre se pusieron en alerta y descubrieron los mensajes del acosador. Las familiares contactaron con él y le manifestaron que lo iban a denunciar por acoso. Sólo con esa drástica advertencia cesó en su comportamiento el joven pederasta. El fallo condena por un delito de *child grooming* del artículo 183 bis

al menor de 17 años, pero no hubo pronunciamiento sobre la responsabilidad civil.

- b) Respecto a las conductas conocidas como *sexting* y otras modalidades delictivas perpetradas mediante móviles y dispositivos tecnológicos, se alerta sobre su uso inadecuado; particularmente las aplicaciones a móviles como WhatsApp han hecho que proliferen entre menores conductas vejatorias, amenazas o difusión de fotos y videos de contenido sexual, facilitados muchas veces voluntariamente por la víctima a otro menor de su entorno. En algunos de tales casos, reseña la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2015, que es la víctima quien se expone a sí misma a la divulgación de imágenes sexuales. Ante estos hechos, cada vez más comunes, se pone el acento en el uso irresponsable de las nuevas tecnologías (TICs) por parte de los menores; pero también en la permisividad y falta de control por parte de los padres.

Hasta la reforma de 2015, similares conductas han sido resueltas con encaje en otros tipos penales, como vejaciones injustas o ilícitos contra los derechos a la intimidad y propia imagen, distribución de pornografía infantil, y revelación de secretos entre otras figuras delictivas. En todos los supuestos, se ha establecido la responsabilidad civil solidaria del menor junto a sus padres. En consecuencia, en el caso de delito de *sexting*, –por su reciente entrada en vigor– no tenemos casuística judicial, a excepción de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada de 5 de junio de 2014³³⁹, que no obstante revoca la dictada por el Juzgado de Menores núm. 2 de Granada el 31 de octubre de 2013. El Juez de Menores, condenó a dos de los menores como autores responsables de las correspondientes infracciones penales, a la medida de cincuenta horas de Prestaciones en Beneficio de la Comunidad. En concepto de *responsabilidad civil* deben indemnizar, de forma solidaria con sus legales representantes, a la menor en la cantidad de mil euros (1.000) por el daño moral y lesiones causadas (inicialmente, cada

³³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 5 de junio de 2014, núm. 351/2014, Ponente: Aurora M^a Fernández García.

uno de ellos deberá abonarle la suma de 500). Y al novio de la menor lo condena como autor de las mismas infracciones, a la medida de ciento cincuenta horas de prestaciones en Beneficio de la Comunidad, debiendo indemnizar de forma solidaria con sus legales representantes, a la menor, en la cantidad de mil euros en concepto de responsabilidad civil y como reparación del daño inferido a la misma con su proceder. *“Todos los menores –los tres–, solidariamente entre sí y con sus representantes legales, deberá abobar al Servicio Andaluz de Salud la suma de ciento cuarenta y cuatro euros, con veinticuatro céntimos, por los gastos médico farmacéuticos ocasionados por la atención a la lesionada”*. Como se ha afirmado, la Audiencia revocó la Sentencia en base a que los “hechos no encajan en ninguna de las referidas conductas por muy execrables que nos puedan parecer, y lo son”³⁴⁰. Sin perjuicio, de señalar el ejercicio de acciones ante la jurisdicción que le es propia.

No obstante, sí que abordamos a continuación una variada casuística judicial, reseñando los tipos en los que se han venido subsumiendo tradicionalmente estas conductas conocidas como *sexting*. En todos los supuestos el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil ha sido estableciendo

³⁴⁰ La Sala señala que “la difusión vía WhatsApp por menores receptores de la imagen de otra menor desnuda con un alto contenido sexual, es un hecho atípico cuando es la propia menor la que envía el mensaje”. En el caso de autos se declaran probados los siguientes hechos: “Que, en día no concretado de la primera semana de enero de 2012, la menor (...), envió a través de su móvil al también menor, (...) con el que salía por aquellas fechas, una fotografía en la que se mostraba desnuda, obtenida con la finalidad de que la utilizara de forma exclusiva y privada. Unas dos semanas más tarde y con ocasión de un partido de fútbol que el menor iba a disputar en la localidad de Albolote (Granada), alardeó en el banquillo de estar en posesión de la referida, y que se la iba a enviar a los teléfonos de sus amigos a través de “whatsapp” para que se motivaran, cosa que hizo antes de comenzar el encuentro con al menos tres de sus compañeros que disponían de móvil, entre los que se encontraba el menor, (...) que sin consentimiento ni conocimiento de la fotografiada, la reenvió a través de “whatsapp” a la propia afectada y a varias personas más, entre ellas, (otra chica) que también procedió a reenviarla a otro compañero del Instituto donde cursa estudios, obviando el consentimiento de la interesada y a sabiendas del daño que le causaba con la distribución inconsciente de su desnudo. (...) Así las cosas y debido a la cadena de difusión relatada, lo cierto es que en el mes de mayo de 2012, gran parte de los alumnos del IES “Ilíberis”, de la localidad de Atarfe (Granada), en el que estudiaba la menor, tenían en su poder la infausta fotografía, lo que a conocimiento del Director del centro, que fue quien alertó a sus padres quienes denunciaron los hechos”.

la regla de la solidaridad del menor o menores infractores junto a sus padres (ex art. 61.3 LORPM).

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de enero de 2010³⁴¹ confirma en todos sus extremos la dictada por el Juzgado de Menores nº 4 de Valencia. El menor estudiaba en el Instituto La Hoya Buñol donde conoció a la también menor (...) con quien mantenía contactos a través del Messenger; le propuso en una de las conversaciones que conectase la cámara Web del ordenador y le enseñara “algo”. Mientras la niña se conectaba, el menor preparó su teléfono móvil para efectuar la grabación de las imágenes. Tras grabar su voz diciendo “esto va por ti Fran que lo querías” grabó a la chica quién se levantó la camiseta enseñando los pechos. El menor difundió las imágenes pasándolas desde su teléfono móvil al teléfono de otros compañeros del instituto lo que provocó que la menor fuese objeto de continuas burlas. Los hechos se conocerían más tarde cuando la madre de la menor fue alertada por una profesora de la existencia del video entre los alumnos del Instituto. Por estos hechos el menor fue condenado por un *delito contra la integridad moral* y en concepto de responsabilidad civil, el menor conjunta y solidariamente con sus padres, indemnizarán a la menor con 2700€, más intereses legales por el daño moral derivado del delito.
- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 3ª), de 23 de marzo de 2012, resuelve un recurso interpuesto por los padres de un menor, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores. Consta probado que tras jugar un partido de fútbol sala, en unas instalaciones deportivas, el menor expedientado, realizó, utilizando para ello su teléfono móvil, dos fotos a otro menor, mientras estaba desnudo, secándose, después de haber tomado una ducha tras finalizar un partido, en el que participaron los menores. Posteriormente y sin que

³⁴¹ Vid. SAP de Valencia (Sección 5ª) de 14 de enero de 2010 (JUR/2010/211507. Ponente: Domingo Boscá Pérez.

mediara autorización del menor fotografiado, descargó ambas fotografías en la plataforma social de comunicación Tuenti, abierta con su propio nombre, página que resultó posteriormente visitada por gran número de chicos (...). La Sala absuelve al menor de uno de los dos delitos por los que el Juzgado de Menores lo había condenado (*corrupción de menores*), aunque se mantiene la condena por el otro (*descubrimiento y revelación de secretos*). Y en cuanto al derecho al resarcimiento previsto en el artículo 109 y ss. del Código Penal, en razón de la responsabilidad civil *ex delicto*, señala que: “constituye un bien económico de la pertenencia de la víctima, integrante de un derecho de reclamación hasta cubrir el importe de los daños y perjuicios causados por la transgresión punible, pero únicamente aquellos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda igualmente obligado el autor responsable de todo delito o falta”. Por ello la Audiencia confirma la sentencia de instancia y confirma la responsabilidad civil solidaria del menor y sus padres quienes deben abonar solidariamente 2000 €, por los daños morales causados a la víctima.

- La Sentencia del Juzgado de Menores de Lérida de 20 de marzo de 2014³⁴², condena a un menor de edad como autor de un *delito de coacciones*. El menor pidió a la también menor (...), con la que había mantenido conversaciones primero por facebook y luego por whatsapp, que le enviara una foto de ella desnuda. La chica se negó, pero como quiera estaba interesada sentimentalmente en el chico y éste le había dicho ante su negativa que era una “niñata” y que le dejaría de hablar, acabó finalmente accediendo y envió a (...) por whatsapp una foto suya desnuda. El referido menor, tras recibir la mencionada foto, le exigió que la enviara más fotos del mismo tipo, diciéndole que en caso contrario divulgaría la foto que ya le había enviado. La menor, ante el temor de que lo

³⁴² Vid. Sentencia del Juzgado de Menores de Lérida de 20 de marzo de 2014 núm. 47/2014 de 20 marzo (JUR 2015\20698) Ponente: Esperanza García del Ordi.

hiciera, le envió durante los meses de junio y julio de 2012, hasta un total de entre quince y veinte fotos más en las que ella aparecía también desnuda. Dichas fotografías fueron luego difundidas entre los alumnos del IES Arrels al que asistía la menor, y del Instituto de Educación Secundaria Francesc Vilalta, en el que estudiaba el menor. La sentencia condena al menor como autor de un delito de coacciones y en concepto de responsabilidad civil a abonar a la chica la cantidad de 1500 euros. De dicha suma responderán solidariamente con el menor, sus padres, al ser la responsabilidad civil de estos, una responsabilidad objetiva y por tanto automática, sin necesidad de acreditar su culpa o negligencia y sin que la ausencia de ésta permita excluir dicha responsabilidad. La Ley únicamente admite su moderación cuando, quien la alegue, pruebe cumplidamente que no se ha favorecido la conducta del menor con dolo o culpa grave; extremo que en el caso de autos no fue alegado ni probado (FJ3º).

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de abril 2014³⁴³, confirma en parte la dictada por Juzgado de Menores de Santander de fecha 30 de octubre de 2013. En el caso de autos, la Sala condena al menor como responsable de un *delito de coacciones y otro de amenazas condicionales*, a tareas socioeducativas y en beneficio de la comunidad y a una indemnización de 6.000 euros que deberán abonar el menor de forma solidaria con sus padres en concepto de daños morales. Consta que el menor amenazó a su novia para que a través del programa de mensajería instantánea Messenger se hiciera una fotografía mostrando el pecho y se la pasara. Ante las reticencias de la menor, el novio le dijo, apremiándola, que la dejaría y la eliminaría de la cuenta si no hacía lo que le pedía. Así consiguió que la niña “muy enamorada de él y por miedo a que la dejase, se hiciese una fotografía con el torso desnudo”. Después

³⁴³ Vid. Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) de abril de 2014 (ARP 2014\569). Ponente: Ernesto Sagullo Tejerina.

de que ella le enviara la foto, el chico –que entonces tenía 16 años, como su novia– volvió a amenazarla con difundir la imagen por la red si no accedía a sus pretensiones de carácter sexual; manifestándole asimismo que pegaría su foto en las paredes del instituto, lo que no llegó a producirse. La Audiencia señala que es “evidente” que si el joven era la única persona que recibió la foto, “*fue quien tuvo que ponerla en circulación*”. La instantánea semidesnuda de la chica sí se difundió por redes sociales, entre ellas Tuenti.

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR ACOSO, CIBERACOSO, CHILD GROOMING Y SEXTING

1. El daño moral resarcible

Como ha quedado expuesto, el acoso escolar es una realidad que está presente en la vida de los menores y adolescentes; y los medios y tecnologías de la información y comunicación (TICs) han amplificado significativamente sus efectos devastadores, como ocurre en el ciberbullyig, donde no tiene que haber tintes sexuales ni posición de superioridad. Cada vez son mayores los casos de bullying que tiene un componente en internet. A la vez, resulta preocupante ese otro tipo de acoso con elementos sexuales (*child grooming* y *sexting*) donde agresor y víctima pueden ser menores de edad. El ciberespacio es cada vez más utilizado por menores poco vigilados por sus padres y desde distintos sectores de la sociedad se advierte sobre el creciente uso de las redes sociales para ejercer acoso o violencia entre iguales y no iguales.

Que las viejas y nuevas formas de acoso en menores y adolescentes producen daños en su joven personalidad en formación, no admite matices. Siendo independiente que el daño provenga de un ilícito penal o de un ilícito civil. El concepto jurídico de daño civil resarcible es unitario y no hay un daño civil *ex delicto* y un daño civil no *ex delicto*³⁴⁴. A menos que se cuestione que el concepto de

³⁴⁴ Según reiterada jurisprudencia en nuestro ordenamiento «la acción civil «ex delicto» no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verda-

daño civil es único en el ordenamiento o que la deuda de reparar el daño sea de la misma naturaleza que la de reparar el daño ex artículo 1902, cuando lo cierto es que tienen la misma *causa efficiens* (el daño civil) y *causa finalis* (el interés en la reparación), y además desempeñan la misma función³⁴⁵. Según reiterada jurisprudencia, en nuestro ordenamiento “la acción civil «ex delicto» no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en el proceso penal³⁴⁶. El tratamiento debe ser adecuado, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (artículo 110 y 111 de la LECr y 109.2.º CP). Las obligaciones civiles “ex delicto” no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios”.

Sobre el particular, merece una atención especial determinar qué daños son resarcibles o compensables por estas conductas, ya deriven de un ilícito civil o de un ilícito penal. Sabemos que los daños materiales y patrimoniales son resarcibles. Lo que determina el contenido del daño civil es la lesión de un interés privado e individualizable, patrimonial o no patrimonial³⁴⁷. Pero el daño patrimonial rara vez concurren en las conductas de acoso, ciberacoso, *child grooming* y *sexting*, y solo suelen existir daños físicos/psíquicos y particularmente, daños

deras injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la LECrim y 109.2.º Código Penal). Las obligaciones civiles «ex delicto» no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios» Vid. STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263).

³⁴⁵ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B.: *La obligación civil nacida de delito o falta* (Tesis Doctoral, 1996). De la misma autora, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*. Ed. Comares, Granada, 1997 y *El ilícito civil en el Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1997. Más recientemente SAINZ-CANTERO, M^a B./PÉREZ VALLEJO, Ana M^a.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*. Ed. Comares, Colección Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2012, pp. 13 y 14.

³⁴⁶ Vid. STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263).

³⁴⁷ VICENTE DOMINGO, Elena, El Daño, en Tratado de responsabilidad civil, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), segunda edición, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p., 220.

morales, como se ha ido apuntando. Y aunque el Código Civil no se refiere expresamente a éstos, Jurisprudencia y doctrina los entienden contemplados en el artículo 1902 y siguientes del Código Civil, como resarcibles³⁴⁸.

Pero asimismo debe repararse en que el Derecho, no resarce cualquier dolor, padecimiento, envilecimiento o aflicción, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el que la víctima tiene un interés jurídicamente reconocido. El daño moral, según puso de relieve ZANNONI, es “el menoscabo o lesión de intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico”³⁴⁹.

Como ha quedado expuesto, el acoso escolar repercute y afecta de forma directa y severa a la salud física, psicológica y social de la víctima, y es “susceptible de provocarle sentimientos de terror, angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral”³⁵⁰. Y no admite matices, que tales comportamientos de hostigamiento sobre un menor, generan un daño moral resarcible o compensable. La penosidad e incluso la crueldad que deriva de las conductas de acoso, destruyen –de inicio– la autoestima de quien lo sufre y le producen secuelas de especial intensidad que pueden marcar toda su vida. Recientes estudios revelan que los efectos negativos del acoso en las víctimas se pueden “acumular y empeorar con el tiempo”. Afirma BOGART que cuanto más largo y peor haya sido ese acoso, más grave y duradero será el impacto en la salud de un niño³⁵¹. En la misma línea, otro estudio de la

³⁴⁸ Destacan en esta evolución las resoluciones las SSTS de 29 de junio de 1987 [RJ 1987\5018], 16 de mayo de 1988, 26 de septiembre [RJ 2003\7204] y 20 de octubre de 2003 [RJ 2003\7509]). En la doctrina, entre otros, GARCIA SERRANO “*El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, p: 815.

³⁴⁹ Vid. ZANNONI, E. A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Ed. Astrea, 2^a ed. Buenos Aires, 1987, p. 287.

³⁵⁰ Vid. Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el *tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*.

³⁵¹ Así lo muestra un reciente trabajo del Hospital Infantil de Boston (EE.UU.) publicado en «*Pediatrics*» Las secuelas del «bullying» se prolongan durante la vida de la persona acosada. El equipo de Bogart ha analizado los datos de 4.297 niños y adolescentes. Los investigadores entrevistaron a los niños periódicamente acerca de su salud mental y física y su experiencia con el acoso escolar. Vid. Esta noticia publicada el 17 de febrero de 2014 en ABC Salud bajo el titular “El acoso escolar daña la salud

Universidad de Duke (EE.UU.), que se publica en «The Proceedings of the National Academy of Sciences» (PNAS) revela que los acosados sufren además de secuelas emocionales, un mayor riesgo de ansiedad y depresión, también más dolor y predisposición a otras enfermedades³⁵². Más recientemente, El Annual Bullying Survey (2016), publica el resultado de una encuesta realizada a 8.850 jóvenes de edades comprendidas entre los 12 a 20 años de edad de Reino Unido. Entre otros datos significativos, señala al respecto que el 44% de los jóvenes que han sido acosados o intimidados experimentan depresión; el 41% ansiedad social y el 33% de los que están siendo acosados tienen pensamientos suicidas³⁵³.

Daños morales derivados de las conductas de acoso escolar, o de las también analizadas conductas conocidas como *chid grooming* y *sex-ting* y otras modalidades delictivas perpetradas mediante móviles y dispositivos tecnológicos, que corresponde compensar, no sólo por el sufrimiento personal de las víctimas, sino especialmente, por el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el daño psicológico, la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad, y un largo etcétera de padecimientos que ningún ser humano tiene obligación de soportar, menos aún, cuando se producen en la infancia y adolescencia.

física y mental a largo plazo”. Enlazar en <http://www.abc.es/salud/noticias/20140217/abci-acoso-escolar-salud-201402171229.html> (Fecha de consulta 19-03-2014).

³⁵² El trabajo publicado en «The Proceedings of the National Academy of Sciences» (PNAS) constata las «consecuencias biológicas de la intimidación» identificadas a través de un marcador físico, como es la inflamación. Según el coordinador del trabajo, William E. Copeland, «cuantificar la inflamación nos ofrece un mecanismo de cómo la violencia infantil puede afectar al funcionamiento de la salud a largo plazo». Se trataba, apunta Copeland, de «comprender» cómo el acoso escolar puede tener un «impacto más tangible» sobre la salud de sus víctimas cuando sean adultos. Para ello, los investigadores emplearon los datos del «Great Smoky Mountains Study», un estudio poblacional con información de 1.420 personas obtenido durante más de 20 años. Los sujetos fueron seleccionados al azar para participar en el análisis prospectivo, por lo que no tenían un mayor riesgo de enfermedad mental o de haber sufrido acoso. Vid. ABC Salud bajo el titular “El acoso escolar ‘pasa factura’ a largo plazo sobre la salud de las víctimas” publicado el 14 de mayo de 2014. Enlazar en <http://www.abc.es/salud/noticias/20140513/abci-acoso-escolar-inflamacion-201405121817.html>. (Fecha de consulta 24 de mayo de 2014).

³⁵³ BULLYING STATISTICS IN THE UK. THE ANNUAL BULLYING SURVEY (2016). Disponible en: <http://www.ditchthelabel.org/annual-bullying-survey-2016/>

En todas las sentencias que condenan por conductas de *bullying*, *ciberbullying*, *child grooming* o *sexting*, la indemnización viene referida al daño moral sufrido por el menor víctima. Así, por daño moral (como opuesto a “patrimonial” o “económico”)³⁵⁴, debemos entender el menoscabo de un bien de la personalidad que, en sí mismo, carece de equivalente económico, por estar sustraído a la posibilidad de negociación y, por tanto, de la formación objetiva de los precios en el mercado. La vida, la integridad corporal y la salud física y psíquica constituyen un ejemplo arquetípico de esos bienes. Junto a ellos, se citan igualmente el derecho al respeto a la dignidad que toda persona merece en cuanto tal, así como su derecho al desarrollo de su personalidad hasta poder alcanzar su mayor plenitud posible, y el derecho a que se respete su imagen pública y privada. Daño moral puro que puede prolongarse en el tiempo y durante toda la vida de un sujeto, con mayor repercusión como ocurre en estos supuestos de niños y adolescentes.

La Sentencia de Tribunal Supremo (Sala 1^a), de fecha 22 de febrero 2001, señala que *“del daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado –o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales–, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica (...)”*. Y puede en esa línea entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “quantum” económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento socio-cultural, traducibles en lo económico.

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2014³⁵⁵ señala que para la apreciación de la existencia de daño moral no es necesario que éste se concrete en relación

³⁵⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1.^a), núm. 275/2009, de 26 de mayo, Ponente: Sara Arriero Espés.

³⁵⁵ Vid. STS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014/1375).

con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por la víctima, no necesitando estar especificado en el relato de hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico, como ocurre cuando el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido, de la gravedad de la acción que lo ha lesionado y de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

No obstante, ya puso de relieve DIEZ-PICAZO que resulta imposible compensar en sentido estricto el daño moral, por lo que “el ordenamiento se conforma con permitir al dañado o perjudicado que obtenga sensaciones agradables que equilibren las desagradables”³⁵⁶. En esta línea, MARTINS CASALS, señala que el daño moral puro no es susceptible ni de valoración ni de constatación médica (aflicción, angustia, zozobra), salvo que se convierta en una enfermedad. En España, este daño se indemniza tanto si se puede calificar como enfermedad o no³⁵⁷.

En consecuencia, la vulneración de estos bienes y derechos, desde luego intangibles, no es susceptible de indemnización en sentido estricto, sino de compensación. Se trata de restablecer el equilibrio tras la lesión o menoscabo sufrido, que en ocasiones será muy difícil. Equilibrio que, en determinadas circunstancias, puede demandar medidas específicas, entre las que se encuentra, sin agotarlas, la percepción de una cantidad de dinero que no ha de interpretarse como el equivalente económico (*id quod interest*) del menoscabo moral sufrido, porque éste, por definición, no es monetarizable, sino como oportunidad de que la víctima se proporcione con ese dinero (el bien fungible por excelencia) satisfacciones que compensen el dolor padecido. La cuantificación de esta compensación resulta muy difícil, habiendo puesto de manifiesto la doctrina que debe tenerse especial cuidado en su fijación.

2. El precio del dolor

En el contexto que nos ocupa, esto es, compensar el daño moral puro de niños y adolescentes por las conductas execrables que han

³⁵⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*, Ed. Cívitas. Colección Cuadernos Civitas Madrid, 2008, p. 96.

³⁵⁷ Vid. MARTIN CASALS, MIQUEL “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual.” Ob. cit. p. 107.

padecido, el único remedio es procurar una compensación (gratificación económica). Pero ¿cuánto “vale” el dolor, padecimiento, o aflicción de un niño o adolescente víctima? ¿Cómo calibrar y cuantificar ese sufrimiento? Su difícil concreción, así como su dispar valoración, se refleja con meridiana claridad en las distintas sentencias consultadas. Las reseñamos a continuación referidas a supuestos anteriormente tratados, con la idea de visualizar su cuantía e importe.

2.1. En los casos de *bullying* tradicional y *ciberbullying*:

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de diciembre de 2003, dictada en el marco de la jurisdicción penal de menores, declara la responsabilidad solidaria junto al menor, de sus padres y del Centro docente. La Sala condena solidariamente al menor, a sus padres y al Colegio Altamira, a abonar al menor víctima la cantidad de 174 euros (frente a los 750 reclamados), en concepto de indemnización del daño moral, atendidas la gravedad de la infracción y las circunstancias de hecho y del propio menor, víctima ya en otras ocasiones del acoso de alumnos del anterior Colegio.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 febrero de 2010³⁵⁸ declara probado el acoso crónico sufrido por un alumno de 2º de ESO que le comportó una humillación afectando a su dignidad humana. La Sala declara la responsabilidad solidaria del dos menores implicados y sus padres que indemnizarán a (...) en la suma de 1.200 euros como daño moral.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 27 de mayo de 2005³⁵⁹ entendió comprendidos en el concepto de dolor moral de la víctima de acoso escolar: *“ Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos (...); considerando que “el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser –en lo posible– objeto de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar*

³⁵⁸ Vid. SAP de Castellón de 2 febrero de 2010 Sentencia núm. 32/2010 de 2 febrero. (ARP 2010\643) Ponente: Sr. D Esteban Solaz Solaz.

³⁵⁹ Vid. SAP de Álava, (sec. 1ª), de 27 de mayo de 2005 (JUR 2006/168355).

su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable (...)” En este caso, el Centro Ikastola debe abonar en concepto de daños morales la cantidad de 12000 euros.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2008³⁶⁰ alude a los estudios científicos realizados sobre el “*bullying*” y señala que los acosados se sienten avergonzados y su autoestima se destruye, generando en la víctima sentimientos de culpabilidad. Para la Sala, se configura una situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral. Además, con cita del Informe Psicológico, admite como probado, que el menor (11 años) sufrió daños psíquicos con sobrecarga emotiva, inseguridad y baja estima, encontrándose solo, rechazado, amenazado e indefenso; presentando además, malestar ante las relaciones interpersonales y a su capacidad para afrontarlas, con un patrón de conducta tensional. “(...) *Es decir, presenta una inadaptación social y personal, mostrándose como un niño afectado interiormente, con miedo, infravalorado y con dificultades de ajuste social. El daño moral padecido por el hijo de los actores, es perfectamente deducible de lo acaecido y de lo ya razonado en esta resolución, pero, además, como exige el Tribunal Supremo, está plenamente acreditado en este caso concreto a través de las conclusiones de los informes periciales*”. El daño moral padecido se cuantifica en 30.000 euros declarando responsable al Colegio SUIZO de Madrid (Centro docente privado). Los daños y perjuicios generados por el acoso escolar que padeció el menor se cuantifican en 30.000 €. Daños morales, —como dice la Sala—, difíciles de concretar pues, ciertamente resulta problemático calibrar el sufrimiento de un niño, ante una situación de este tipo; viéndose solo, humillado, atacado de manera continua y sin protección alguna por aquellos que deberían habérsela dispensado más aún en esta edad (11 años) en la que tan necesaria es para la formación de la propia estima, la seguridad que proporcionan las relaciones con los amigos y compañeros del colegio, y la tutela de aquéllos que asumen la dirección de su formación. La Sentencia señala que “*aun siendo difícil una concreción económica, la suma peticionada como indemnización no era excesiva y cumplía la función reparadora del daño causado*”.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 junio de 2010³⁶¹ confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia

³⁶⁰ Vid. SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2008 (AC/2009/124). Ponente: D^a Ana M^a Olalla Camarero.

³⁶¹ Vid. SAP de Jaén (Sección 2^a), núm. 154/2010 de 30 junio (JUR/2010/370378). Ponente: Jose Antonio Córdoba García.

núm. 3 de Jaén, de 16 de octubre de 2009 y declaró como responsables civiles solidarios a los padres, sin que se apreciaran circunstancias para la moderación de la responsabilidad que prevé el art. 61.3 LORPM. La cuantía de la indemnización por daños morales fue 11.185,62 euros.

— La Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso-Administrativo) de 30 septiembre de 2009³⁶² estima la indemnización por daños físicos y psíquicos que sufrió un alumno de segundo de ESO, del Instituto de Educación Secundaria Puig-Reig, (Centro docente público) a consecuencia de maltrato recibido por parte de diversos alumnos del centro. Daños que según la prueba obrante en autos constan acreditados y que cabe imputar a la actuación insuficiente de la Administración educativa demandada (Departament D'educacio y de la Compañía de Seguros codemandada Zurich por responsabilidad patrimonial)³⁶³. La Sala fija en 8.000 euros el quantum indemnizatorio por los daños efectivos causados y que están íntimamente relacionados con un acontecimiento vital desencadenante, el maltrato entre pares.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2012³⁶⁴ declara responsable al Centro Docente Concertado

³⁶² Vid. STSJ de Cataluña (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 4^a), núm. 750/2009 de 30 septiembre (JUR\2009\498172) Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M^a Fernanda Navarro de Zuloaga.

³⁶³ El informe médico del servicio de psiquiatría y psicología clínica del centro de salud mental (...) constata un trastorno adaptativo mixto con síntomas ansioso-depresivo severo, diagnóstico que confirma que los síntomas actuales están íntimamente relacionados con un acontecimiento vital desencadenante (maltrato entre pares). Finaliza señalando que Obdulio deberá iniciar tratamiento con antidepresivos y ansiolíticos, sugiriendo a la familia la necesidad de vigilancia constante dado el riesgo de actuaciones que puedan afectar su propia integridad física. Se sugiere en la medida de las posibilidades que permanezca alejado de la situación de conflicto hasta objetivarse médicamente una reducción significativa de la sintomatología, añadiendo que debería objetivarse la posibilidad de un cambio de su entorno escolar (aula o colegio) ya que se muestra muy temeroso de volver a enfrentarse a la misma situación, que ha generado un importante nivel de desestabilidad en su estado emocional (...). La prueba pericial, practicada por psicólogo del Instituto de Medicina Legal de Catalunya constata un cuadro sintomático de carácter depresivo ansioso reactivo a una experiencia o situación vivida, y por tanto, añade que no tiene por qué tener un carácter persistente en el tiempo. (...) considera dicha sintomatología de carácter moderado.

³⁶⁴ Vid. FJ 3^o de la SAP de Madrid (Sección 25^a), núm. 241/2012 de 11 mayo (AC\2012\384) Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

Congregación Hermanas del Amor de Dios por la insoportable actividad de acoso (bullying), vejaciones y agresiones físicas de que fue objeto el menor nacido en el año 2000; por lo que contaba con 8 años de edad cuando se iniciaron los hechos en el curso 2007-2008 (2º de Primaria) y culminaron en febrero de 2010 cuando abandonó el Colegio de forma precipitada. Revoca parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid de 25 de Marzo de 2011 (40.000 euros) y se rebaja la cuantía a 32.125,51 euros.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 15 de noviembre de 2013, donde consta acreditado, que las conductas de *bullying* tradicional y *ciberbullying*, presentes en el caso enjuiciado, generaron en el menor “un trastorno adaptativo mixto, con sintomatología ansioso-depresiva de carácter crónico, autoestima devaluada, sentimientos de indefensión, miedo intenso a determinados estímulos, aislamiento social y nivel de dependencia hacia su familia, no acorde con su edad”³⁶⁵. La indemnización por el daño moral sufrido por el menor se cifra en la cantidad de 6.000 euros, declarando la responsabilidad solidaria de la menor implicada y sus respectivos padres. Del pago de la referida suma responderá de manera *subsidiaria* el Centro, Colegio San Martín de Porres.

— La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso número 6 de Madrid, de 7 de enero de 2014 estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los padres del menor presuntamente acosado, en un caso de acoso escolar deficientemente gestionado por el Colegio. En el acto de la vista oral, una de las médicas firmantes del informe realizado al menor, reconoció a preguntas del Letrado de la Administración demandada que *los síntomas de apatía que padecía el niño podía tener su origen en otras causas (no sólo al presunto acoso escolar)*; aspecto que se tiene en cuenta a efectos de limitación de la indemnización reclamada que fue por valor de 30.000 euros. Al respecto la sentencia dice que no se aporta por los recurrentes criterios objetivos que permitan su justificación y valoración, por lo que debe reducirse notablemente la indemnización a otorgar. En consecuencia, se considera adecuado y proporcional reconocer a los recurrentes el derecho a percibir 4.000 euros como indemniza-

³⁶⁵ Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1ª), num. 209/2013 de 15 noviembre (JUR\2014\3749) Ponente: Ilma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

ción, que será abonada de forma solidaria por la Administración y su aseguradora³⁶⁶.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2014³⁶⁷ refiere la falta de adopción de medidas y de control por parte del Colegio, en el primer episodio de acoso al que se calificó de aislado hasta que se tiene conocimiento de la intención de suicidio del menor y se inicia el expediente y protocolo de actuación. Graves comportamientos omisivos susceptibles de generar en el menor un daño moral resarcible, constituyendo un hecho notorio y hasta máxima de experiencia la penosidad que deriva del acoso para el que lo sufre, que le dejan en situación de clara indefensión, por parte además de quién asume la posición de garante de su seguridad psíquica y moral en sustitución de los padres. Fija la indemnización para el menor en la cantidad de 10.000 euros, pues aún conscientes de la dificultad de valorar la intensidad del dolor espiritual causado al menor, lo cierto es que no se aprecian razones para establecer una cantidad superior.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de enero de 2015 refiere que el menor acosado presentaba diversos padecimientos, tales como vómitos, diarreas y dolores de cabeza y tuvo que ser médicamente atendido³⁶⁸. La Sala señala que los efectos de los delitos como el presente, que afectan a la integridad moral, pueden no manifestarse de forma inmediata a los hechos. Existe objetivación médica de que el menor padeció un cuadro de trastorno ansioso-depresivo fruto del el hostigamiento escolar. Se fijan 1500 euros por los daños morales causados.

— La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de febrero de 2016, a propósito de una demanda de responsabilidad patrimonial de la Administración por la deficiente gestión en un caso de acoso escolar y de acoso institucional (que no se aprecia) hacia el alumno acosado,

³⁶⁶ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 6 de Madrid, núm. 1/2014, de 7 de enero (JUR 2015/254384).

³⁶⁷ Vid. SAP de Madrid (Sección 8^a) núm. 373/2014 de 16 de septiembre (AC 2015/1056). Jurisdicción: Civil. Recurso de Apelación núm. 434/2013. Ponente: Illmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

³⁶⁸ Vid. SAP de la Rioja (Sección 1^a) núm. 2/2015 de 8 enero (ARP/2015/112. Ponente SR. D. Fernando Solsona Abad.

condena a la Administración y a su aseguradora a indemnizar solidariamente al menor, en la suma de 10.000 euros, por la única escuela acreditada (“trastorno por estrés postraumático infantil”). Los recurrentes (padres del menor) solicitaron indemnización por daños morales en la cuantía de 30.000 euros, que la Sala no considera procedentes, a pesar de que en el informe psicológico se constata que: “*La evaluación psicológica de (...) por parte del equipo que suscribe este informe detecta la presencia de los siguientes síntomas de daño psicológico y emocional de relevancia clínica: indefensión (sensación de temor ante la posibilidad de proseguir o repetirse la situación de maltrato y acoso); sensación inespecífica de peligro inminente; resignación ante el maltrato escolar (que experimenta como inevitable); temor, miedo o angustia a acercarse al colegio; insomnio cansancio y terror nocturno; ansiedad anticipatoria; inquietud psicomotora, nerviosismo; flashbacks o recuerdos invasivos estando despierto; nervios, ansiedad o angustia inespecíficos; paralización, somatizaciones, hipervigilancia; irritabilidad; labilidad emocional; tristeza y desesperación; autoimagen negativa; ideación suicida. Junto a la situación de maltrato escolar referida, aparece en la exploración un elevado nivel de ansiedad, somatizaciones, angustia y tensión emocional, que interfieren de manera significativa en la vida diaria del menor*”³⁶⁹.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 18 marzo de 2016 viene a referirse a varios episodios de acoso escolar producidos en 2009 (“fuera del colegio”) y 2010 (en la clase de Educación física), y dos menores implicadas de 12-13 años. Los informes médicos, de pediatría, psiquiatría y de psicólogos especializados, revelan que desde Marzo/Abril de 2010, la menor precisó de asistencia médica continuada que se prolongó en 2011 y en años posteriores y que aún mantenía en 2012, 2013, 2014 y 2015, con diagnóstico de trastorno de ansiedad no especificado que se inicia precisamente en los episodios de 2009 y 2010, cuanto tiene 12 y 13 años. Por lo referido por la menor *se siente en situación de indefensión, situación de desequilibrio de poder del grupo de chicas frente a ella con acciones amenazantes y/o agresivas hacia ella de forma repetida durante parte del curso, que le crean la expectativa de poder ser atacada de nuevo y con ello un aumento en su nivel de ansiedad. Destacar la mayor*

³⁶⁹ Vid. Sentencia dle Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 100/2016, de 24 de febrero (JUR 2016/95342). Ponente: Rafael Villafañez Gallego.

*afectación de ese tipo de situaciones en el momento evolutivo de la adolescencia por la importancia de la dimensión social y las amistades siendo estas importantes figuras de apego en esas edades. La Sala entiende que es manifiesto y concurre un “pretium doloris” en la menor, “no solo por el padecimiento derivado de los daños físicos sufridos con agarrones, tirones de pelo, tirarla al suelo, sino en especial por las zozobras, sufrimientos y angustias de la menor y de sus padres por el trato inadecuado, indebido e injusto que sufría”. Todo ello, en un contexto académico y en un momento de la evolución educativa del menor y del desarrollo de su personalidad (12-13 años) de especial significación; y ello sin olvidar que la solución final fue el cambio de colegio, lo cual solo es una solución parcial, pues siempre es traumático y no deseado un cambio de colegio y más a final de curso con cambio de profesores, compañeros, técnicas de estudio, etc. Y aún cuando en la actualidad ha mejorado su situación sanitaria, sigue precisando de asistencia médica especializada con medicación y con diagnóstico de trastorno por ansiedad, iniciado en la época escolar en que se produjeron los hechos. La sentencia señala que el *daño moral* por su propia naturaleza es un daño “in re ipsa” y que no precisa de una prueba expresa y específica de su contenido y cuantía. Pero considerando los factores que concurren y en relación con los específicos rasgos de personalidad de la menor (tímida, cohibida, discreta o retraída y con más o menos dificultades de integración social y escolar); considerando también el paso del tiempo y que la menor con el cambio de colegio no volvió a sufrir episodios semejantes, que ha concluido sin problema con sus estudios de bachillerato y que incluso ya ha accedido a la Universidad, procede, en el ejercicio de moderación del art 1103 C.c. fijar una cuantía indemnizatoria de 6000 €; *pues la afección moral fue intensa y en particular por la edad de la víctima, por la actitud de superioridad ofensiva de la menor acosadora y por el hecho de que la única solución eficaz fue el cambio de colegio, el cual, en sí mismo, es un hecho traumático para una menor de 13 años. La sentencia declara la responsabilidad solidaria de los co-demandados obligados al pago de 3000 € por secuelas, y 6000 € por daño moral, como ya se ha señalado*³⁷⁰.*

³⁷⁰ Vid. SAP de Palencia (Sección 1^a), núm. 55/2016, de 18 de marzo, AC 2016/425. Ponente: Juan Miguel Carreras Maraña.

2.2. En los casos de *child grooming* y *sexting*

— En la ya sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Ourense de 13 de mayo de 2013, sobre *child grooming* entre iguales, no hay pronunciamiento sobre la responsabilidad civil y consiguiente resarcimiento de daño. No obstante, citaremos alguna sentencia, con pronunciamiento sobre responsabilidad civil. Si bien, el autor es un adulto, interesa destacar el importe (cuantificación) del daño moral infligido a un menor víctima de estas conductas. Reviste interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 11 de mayo de 2015³⁷¹, referida a una menor (11 años) víctima del delito de *grooming* cometido por un mayor, quien contacta con ella a través de la red social «Tuenti». El acusado le propone quedar para tener relaciones sexuales, logrando mantener dichos encuentros en varias ocasiones. Consta acreditado la realización de actos que atentan contra la indemnidad sexual (dos encuentros en dos días distintos donde “la besa y realiza tocamientos en sus partes íntimas un día, y le enseña su pene otro día pidiéndole que se lo tocara, petición a la que no accedió la menor”). La sentencia alude al *daño moral* que define en este caso “como aquellos perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos, que son los más estimados y, por ello, más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados; bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente para el resarcimiento del mal sufrido cuando son alterados, imposible de lograr íntegramente, deben, sin embargo, ser indemnizados discrecionalmente, como compensación a los sufrimientos del perjudicado por el delito”. Daños morales que florecen, sin necesidad de prueba, y que son de altísima consideración en infracciones de esta naturaleza en las que se menoscaba frontalmente la dignidad de la persona humana, vejada gravemente como en este caso. Considerando adecuada la cantidad de 5.000 euros solicitada por el Ministerio Fiscal.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 3ª), de 23 de marzo de 2012, condenó al menor expedientado por un

³⁷¹ Vid. Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª), núm. 113/2015 de 11 mayo. (JUR 2015\171561).

delito de descubrimiento y revelación de secretos y fue absuelto por el de corrupción de menores. Los hechos constitutivos del delito vienen referidos a que el menor utilizando su teléfono móvil, tomo unas fotos a otro menor, mientras el mismo estaba desnudo, secándose, después de haber tomado una ducha tras finalizar un partido; y sin que mediara autorización del menor fotografiado, las descargó en Tuenti, página que resultó posteriormente visitada por gran número de chicos (...)”. En relación al daño moral causado, como concepto indemnizable separadamente, señala la Sala que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, refiriéndose la Jurisprudencia a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, ansiedad, angustia (STS 6 julio 1990); la zozobra, entendida como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS 22 mayo 1995); el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuyente (STS 27 enero 1998); impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (STS 12 julio 1999); no pudiendo derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado. En este caso, su cuantía se cifra en 2000 euros.

— El Juzgado de menores núm. 2 de Granada en Sentencia de 31 de octubre de 2013, ya citada en el caso de *sexting*, consta, que, a consecuencia de los hechos relatados (difusión de una fotografía a través del móvil en la que se mostraba desnuda), la menor sufrió un trastorno por estrés postraumático y bulimia purgativa, precisando para su sanidad de una primera asistencia facultativa, sin necesidad de tratamiento médico y con un periodo de curación de sesenta días, de los que treinta estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, presentando como secuelas un tratamiento neurótico. Estos daños fueron cuantificados por el Juez en 1.000 euros por el daño moral y lesiones causadas que abonaría solidariamente dos de los menores con sus padres. Y el novio de la menor indemnizaría de forma solidaria con sus padres, 1.000 euros, en concepto de responsabilidad civil y como reparación del daño inferido. Este fallo, como vimos con anterioridad, fue revocado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 5 de junio de 2014³⁷².

³⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1^a) de 5 de junio de 2014, núm. 351/2014 (JUR/2014/258699). Ponente: Aurora María Fernández García.

— La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de abril 2014³⁷³, condenó a un menor por amenazar a su novia para que le mandara una foto desnuda por Internet. Después de que ella le enviara la foto, el chico —que entonces tenía 16 años, como su novia— volvió a amenazarla con difundir la imagen por la red y pegarla en las paredes del instituto donde estudiaba ella si no accedía a sus pretensiones sexuales. Aunque no llegó a hacer esto último, la instantánea semidesnuda de la chica sí se difundió por redes sociales, entre ellas Tuenti. Consta probado que la menor fue sometida a una ilícita presión, a una situación mantenida de chantaje emocional por parte del también menor —persona de quien estaba enamorada y en quien confiaba— y que ello le causó un *daño moral*, aunque sea indudable que el principal daño vino relacionado con la posterior difusión indiscriminada de la fotografía. Limitada la indemnización al perjuicio moral derivado de las conductas objeto de condena, se fija el mismo prudencialmente en un importe de 6.000 euros y sin perjuicio de aquel que pudiera corresponder en otra vía por los hechos que no han sido objeto de condena. A tal reparación estarán obligados también los progenitores de Fausto en cuanto no cabe afirmar que actuasen con la mínima diligencia exigible para evitar la conducta infractora de su hijo menor (FJ7^a).

— La Sentencia del Juzgado de Menores de Lérida de 20 de marzo de 2014³⁷⁴ condena a un menor de edad como autor de un delito de coacciones. Recordemos que en este supuesto el menor pidió a la también menor (...), con la que había mantenido conversaciones primero por facebook y luego por whatsapp, que le enviara una foto de ella desnuda. Tras recibirla, le exigió a que le enviara más fotos (...); la chica envió hasta un total de entre quince y veinte fotos más en las que ella aparecía también desnuda. Dichas fotografías fueron luego difundidas entre los dos institutos donde estudiaban. La citada menor resultó afectada por lo sucedido, señalando la psicopedagoga y la forense que fue necesario un “seguimiento” o “apoyo” psicológico, durante quince sesiones para recuperar la autoestima de la menor. Sin embargo, como señaló la forense, dicha afectación no llegó al grado de cambiar su actividad, no alteró su vida rutinaria y

³⁷³ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1^a), de abril de 2014 (ARP 2014\569). Ponente: Ernesto Saguillo Tejerina.

³⁷⁴ Vid. Sentencia del Juzgado de Menores de Lérida de 20 de marzo de 2014 núm. 47/2014 de 20 marzo (JUR 2015\20698) Ponente: Esperanza García del Ordi.

no afectó a su rendimiento escolar; manifestando también la psicopedagoga que no se trató de un “tratamiento” psicológico. De dichos informes se desprende finalmente que no existen secuelas. La acusación particular solicitó la condena del menor y sus padres al pago de 4500 euros por los daños psicológicos que le causaron los hechos y para compensar el sufrimiento de la menor, estimando el juzgador suficiente la cantidad de 1500 €.

De lo anterior, puede deducirse que el llamado *pecunia doloris* o «*pretium doloris*», compensatorio del daño moral generado por conductas descritas es unitario y afecta a la esfera de lo intangible y de lo íntimo, extendiéndose a todas las facetas de la personalidad. Afecta a la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, con mayor razón a menores y adolescentes en proceso de formación de su joven personalidad. Como se ha expuesto en líneas anteriores, resulta independiente que el daño moral derive de un ilícito penal o civil; y es ajeno a si la legislación a aplicar es la civil, ex artículos. 1902 y 1903 C.c. (menores de 14 años) o la prevista en el artículo 61.3 LORPM (menores de 14 a 18 años). No obstante, cabe señalar, vista la dispar valoración que hacen los tribunales, si el precio del dolor se percibe por la sociedad como suficiente y justo.

VALORACIONES FINALES

Aunque en las últimas décadas se ha producido una mayor sensibilización y toma de conciencia de la importancia del acoso en el ámbito escolar, es cierto que la preocupación e interés por el tema se ha visto incrementada por la repercusión mediática que han tenido algunas situaciones graves y por las consecuencias tan devastadoras que éste puede producir, fundamentalmente con el reciente auge de la utilización de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs). Ninguna persona debe ser sometida a situaciones de hostigamiento, y en este sentido, la sociedad en general debe generar recursos efectivos y de aplicación inmediata para impedir estas conductas al margen de la legalidad.

Tras el análisis de los problemas de acoso en el ámbito educativo, –y en el que más nos interesa–, en el ámbito jurídico, se hace necesario determinar, ya en un principio, la responsabilidad de quien o quienes hayan podido incurrir en estas conductas.

Podemos afirmar que, lamentablemente, la relación de dominio-sumisión que subyace en la violencia entre iguales no remite totalmente a pesar de una intervención eficaz. Sin embargo, también se sabe que si se trabaja para conseguir unos centros educativos en los que las acciones violentas no se consideren permisibles ni moralmente admisibles, disminuye de modo sustancial la incidencia de las agresiones, y la intensidad de los daños. La creación de un consenso moral sobre la importancia de la dignidad de las personas que confluyen en un centro escolar es el mejor antídoto contra una oleada de violencia dentro de las escuelas con todas las consecuencias negativas que esto puede originar.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en estas páginas, la mejor forma de prevenirlos es la educación y la construcción de la convi-

vencia; la mejor opción es la simultaneidad de diversas acciones y en niveles distintos; acciones que mejoran la organización escolar y que están dirigidas al desarrollo democrático y dialogado de la vida en el centro; el aumento de la participación de todos los agentes de la comunidad educativa; el establecimiento de canales ágiles de comunicación, el cumplimiento y respeto de las decisiones y normas, así como la búsqueda de la coherencia entre objetivos, procesos y resultados.

De forma paralela, las nuevas políticas y estrategias legislativas vienen referidas a la consideración del menor como ciudadano y titular de derechos y también de deberes, cuya trasgresión lleva aparejadas graves consecuencias; entre esos deberes en el ámbito escolar destacan, el respeto a los demás y la no violencia, con especial atención al deber de prevenir el acoso escolar y el ciberacoso, lo que entraría de lleno en el centro actual de la Política educativa. Sin embargo, es un hecho incontestable que cuando ciertos deberes se incorporan a las normas haciéndolos imperativos, es porque existe una quiebra evidente en su cumplimiento. En este sentido, una línea de actuación (formativa e informativa), puede ayudar a concienciar y persuadir a los menores (potenciales agresores) sobre las graves consecuencias de la adopción de estas conductas.

Tras estas consideraciones, se puede afirmar que las perspectivas de solución deben partir, en un primer estadio, de la prevención, debiendo implementarse en los centros medidas de prevención de la violencia escolar. Una vez detectada esta situación, un segundo estadio pasa por la adopción de distintas medidas también desde el propio ámbito educativo, que, en muchos casos, sin lugar a dudas, resultarían suficientes para poner freno al problema. El último estadio debe reservarse para casos muy graves e intensos o ya cronificados, que pueden ser constitutivos de un posible hecho delictivo.

En este caso, si la gravedad de los hechos termina con denuncia por parte de los padres o del mismo Centro, la respuesta debe venir dada –en función de la edad del agresor (14 a 18 años)–, por la jurisdicción de menores y la estricta aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre –que como ya se ha visto, viene a endurecer ciertas me-

didadas a adoptar³⁷⁵. Todo ello, sin perjuicio, no obstante, de que la mediación penal juvenil está prevista en la LORPM y regulada en su Reglamento de desarrollo para delitos menos graves, cuya finalidad se revela altamente educativa y resocializadora. Pero, no en todos los casos de acoso escolar, podrá recurrirse a ella al no ser medidas obligatorias y solo serán de aplicación “*cuando el menor efectivamente se arrepienta y disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón*”; requiriendo además la reparación del daño causado: “*el menor ejecuta el compromiso adquirido con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado*”.

A modo de conclusión, podemos afirmar que esta lacra social no es una realidad menor, y que las líneas de política-criminal en esta materia no pueden basarse únicamente en una estrategia punitiva³⁷⁶. Así lo señala la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado cuando afirma que “*el abordaje del tratamiento de los acosadores desde un prisma meramente represivo o retributivo no soluciona el problema*”. De ahí que analizados los casos de forma individualizada podrían primar los sistemas restaurativos de resolución de conflictos e interacción educativa; esto es, la Justicia restaurativa o reparadora, –frente a la Justicia retributiva–, utilizando como uno de sus instrumentos fundamentales la mediación penal.

La cuestión no es baladí, y es que ante este gravísimo problema de violencia en el ámbito escolar, además del recurso al sistema penal, –que ha de respetar el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio que lo informa*–, se requieren otras respuestas de carácter social y educacionales, que resultan básicas.

Desde luego, en líneas generales, resulta acertado incentivar la prevención de la violencia escolar como sistema de protección a las

³⁷⁵ La jurisdicción de menores actuará protegiendo a la víctima con cese inmediato del acoso, adoptando incluso medidas cautelares (por ej. el internamiento del *bullies*.; ofreciendo respuestas educativas sancionadoras hacia el agresor (libertad vigilada, orden de alejamiento), incluso en los casos menos graves, el acosador puede intentar una conciliación a través de la disculpa con la víctima, el compromiso de reparación o asumiendo una actividad educativa. Y en todo caso, habrá que reparar los daños y perjuicios ocasionados a la víctima, El acoso es resarcible a través de la vía civil. La responsabilidad no afecta sólo al menor sino que son los padres del niño acosador los que deben responder de la conducta de su hijo.

³⁷⁶ La idea de castigo como método subsidiario y no principal de reacción frente al acoso ha sido asumido también por la Recomendación núm. 702 del Comité de Derechos del Niño de la ONU, de septiembre de 2001.

víctimas, interviniendo en el proceso socializador de los infractores desde una estructura global e integradora³⁷⁷. Por un lado, lo que se intenta conseguir es la disminución de los factores de riesgo de implementación de una estrategia violenta mediante el análisis de las causas primarias de estas conductas, y la identificación de los grupos sociales de riesgo; y por otro, el aumento de los factores de protección o resistencia ante las actitudes y los comportamientos de esta misma naturaleza.

Ab initio, la intervención ha de ser fundamentalmente preventiva, y en muchos casos, una vez detectado el problema, la propia reacción dentro del propio Centro docente, –la que se produce en sede de disciplina escolar–, debe ser suficiente para tratar el problema: medidas sancionadoras internas, reflexión con el propio menor y/o el grupo, entrevista con la familia, cambio de aula, incremento de vigilancia, reorganización de horarios del profesorado para atender las necesidades de los alumnos, etc³⁷⁸.

Como puede comprobarse, la idea fundamental es que no debe caerse en la tentación de sustraer el conflicto de su ámbito natural de resolución, ya que la comunidad escolar es, en un primer momento, y salvo los casos de mayor entidad, la más capacitada para resolver el conflicto. Además, muchos de los agresores no habrán alcanzado los catorce años, *conditio sine qua non* para la intervención del sistema de justicia juvenil.

Una vez puesto de manifiesto la existencia de algunos problemas de fondo en la convivencia de los menores en el ámbito escolar, se hace necesaria la creación de entornos vitales de calidad en el contexto no sólo educativo, sino también familiar, permeables a los valores democráticos de diálogo, respeto y tolerancia presentes en un Estado Social y Democrático de Derecho. De esta manera, se transmiten los valores y las reglas que hacen posible la vida en sociedad, singularmente el respeto a todos los derechos y libertades fundamentales; se construyen los cimientos de un modelo educativo dirigido a desarrollar las capacidades cognitivas, emocionales y conductuales necesarias para respetar los límites que conlleva toda convivencia demo-

³⁷⁷ URRÁ, J.: “Adolescentes en conflicto. Abordaje educativo y sancionador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2005, pp. 221 ss.

³⁷⁸ Cfr. La Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el Tratamiento del Acoso Escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil, de la Fiscalía General del Estado.

crática, y se resuelven los conflictos interpersonales de una manera constructiva, rechazando explícitamente cualquier comportamiento que conlleve una victimización en el entorno escolar.

En nuestro país, hay mucho camino recorrido, y aunque es mucho más el camino que nos queda por hacer para erradicar de forma total tan dramática situación, las líneas de intervención que se han seguido en los últimos años, han logrado detener, en parte, el avance del problema, e incluso obtener algunos éxitos parciales al lograr disminuciones significativas en determinadas conductas de acoso.

Ya en el ámbito penal concreto, el acoso escolar en todas sus manifestaciones (directas e indirectas) puede ser penado conforme a diversos tipos delictivos, que además del reproche criminal que merecen, conforme a la legislación penal del menor, producen un *daño* efectivo, que nadie tiene obligación de soportar (y menos, un menor de edad); por lo que ese daño, injustamente causado, da lugar al nacimiento de la correspondiente responsabilidad civil, donde estarán implicados uno o varios menores (agresores y víctimas), sus progenitores o representantes legales y guardadores. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten una pluralidad de regímenes jurídicos “injustificables” que disciplinan una misma realidad jurídica en materia de Derecho de daños. Se ha analizado el complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil en función del tramo de edad del menor y en función de si la legislación a aplicar es la civil (menores de 14 años) o la derivada de la LORPM (14 a 18 años). Diferencias sustantivas y procesales también en función de si el hecho ilícito causante del daño y en que se subsumen las conductas de acoso escolar o ciberacoso está o no tipificado penalmente, (ilícito penal o ilícito civil); lo que como se ha dicho, dará lugar a la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados y a órdenes jurisdiccionales distintos (civil, contencioso y jurisdicción de menores) para su enjuiciamiento, ya sea condenado el Centro docente (público, privado o concertado); la propia Administración Educativa o los padres del menor o menores infractores. Ya en los supuestos de conductas tipificadas como *child grooming* y en las conocidas como *sexting* y otras modalidades delictivas perpetradas mediante móviles y dispositivos tecnológicos, la responsabilidad civil y consiguiente reparación (compensación) del daño, vendrá conformada, en líneas generales por la regla del art. 61.3 LORPM, que establece la responsabilidad solidaria del menor con los progenitores.

De forma paralela, y junto a los tipos delictivos tradicionales, tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se han incorporado otras figuras, en concreto, los delitos de *child grooming* y *sexting*, que nacen con la manifiesta intención de adecuarse a nuevos parámetros político-criminales más acordes con el momento en que vivimos. Lo cierto es que al margen de sus virtudes y sus defectos, no se puede discutir que su previsión aporta una nueva base textual para solventar problemas presentes y futuros, lo que, sin duda, supone que, incluso con soluciones más o menos asumidas, deben revisarse y obtener nuevas respuestas.

Ahora bien, al intentar otorgar una respuesta penal eficaz a este tipo de comportamientos de naturaleza sexual, surgen algunos interrogantes; ¿es necesario incriminar penalmente estos comportamientos; ¿se trata de un adelantamiento exacerbado de las barreras de incriminación? Llegado el momento de realizar una valoración global del precepto que hasta el momento hemos analizado, creemos que son muchos los puntos problemáticos que recorren el análisis del tipo de injusto de estos delitos.

En primer lugar, y desde un punto de vista formal, la propia regulación legal constituye uno de los principales escollos a superar. Una vez más, se pone de manifiesto la redacción apresurada de los preceptos, y la deficiente técnica legislativa empleada por el legislador, lo que, en ocasiones, contribuye a la confusión a la hora de establecer pautas claras y precisas para su interpretación y aplicación en la práctica. Por otra parte, –y como parece evidente, debido a lo reciente de la reforma penal–, aunque han aparecido numerosos comentarios doctrinales, es muy escasa la jurisprudencia existente sobre esta materia.

A modo de reflexión, y tras las consideraciones hasta ahora realizadas, de la lectura del precepto pueden derivarse algunas pautas hermenéuticas para afrontar la aplicación de la nueva figura legal. Como se ha podido observar a lo largo de estas páginas, en lo que a aspectos de técnica jurídica se refiere, podría afirmarse que la regulación de este tipo y los concretos términos en los que se produce su incorporación al texto, no constituye, desde luego, un paradigma de precisión. Tras la Ley Orgánica de 2015, los nuevos tipos delictivos presentan algunas dificultades de interpretación, adoleciendo de falta de precisión, –hecho que suele producirse con bastante frecuencia

en la legislación penal contemporánea—, utilizando expresiones excesivamente amplias o ambiguas en las que se hace poco menos que imposible caracterizar los hechos punibles.

A nuestro modo de ver, y al igual que sucede con otras figuras delictivas de muy discutible justificación, se puede afirmar que la presente iniciativa legal se ha adoptado por nuestro legislador sin que haya existido una verdadera reflexión interna por parte de la doctrina penal acerca de la necesidad de incriminación de tales conductas, por lo que se trataría de una muestra más de Derecho Penal Simbólico. En este ámbito, cobrará especial interés el principio de subsidiariedad que rige nuestro sistema penal, según el cual, el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, *el último recurso a falta de otros menos lesivos*.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA, J. R.: “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *Sexting*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-11, 2010, pp. 1 ss.
- ALBERT PÉREZ, S.: *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*. Ed. Comares. Colección Estudios de Derecho procesal penal nº 20. Granada 2007.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA., Ramón. “La mediación escolar. Proceso colaborativo de la Educación en Resolución de conflictos”. *Revista Trabajo social hoy*. Primer semestre 2006. Monográfico. El trabajo social y la mediación.
- ANTOLÍN SUÁREZ, Lucía, OLIVA DELGADO, Alfredo, PERTEGAL VEGA, M.A./ LÓPEZ JIMÉNEZ, A. M^a.: “Desarrollo y validación de una escala de valores para el desarrollo positivo adolescente”. *Psicothema*. Vol. 23, nº 1, 2011,
- AVILÉS MARTÍNEZ, J.M^a/TORRES VICENTE, N. y VIAN BARÓN, M^a V.: “Equipos de Ayuda, Maltrato entre iguales y convivencia escolar”. *Revista Electrónica de Investigación Psicoeducativa* nº 16, Vol. 6 (3) 2008.
- BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes.” *Diario La Ley*, N° 7359, Sección Doctrina, 10 Mar. 2010, Año XXXI, Ref. D-79, (LA LEY 354/2010).
- BINABURO ITURBIDE, J.A./MUÑOZ MAYA, B.: *Educación desde el conflicto. Guía para la mediación escolar*. Ed. Ceac, Barcelona, 2007.
- CANCIO MELIA, M.: “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley Penal*, núm. 80, marzo 2011.
- CASTELLANO, E.: “Prevención de la violencia en los centros escolares: el mediador escolar como recurso” en *La mediación escolar: una estrategia para abordar el conflicto*. Ed. Graó. Barcelona, 2005.
- CASTELLÓ NICAS, N.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, *Estudios Penales sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

- CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La mediación en el proceso de menores”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 32, 1, 2011.
- CARRERA DOMÉNECH, J.: “¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec.4ª, 23.12.2003”. En *InDret*, 3/2004.
- CARRERA DOMÉNECH, Jordi, “Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000.” Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.14/2004 parte Comentario (BIB 2004\1730).
- CEREZO RAMIREZ, F.: “Violencia y victimización entre escolares. El Bullying”, *Intervención psicológica y educativa con niños*, Ed. Pirámide, Madrid, 2006.
- COELLO PULIDO, A. “Mediación con adolescentes infractores”. Abstracts of the XXXIIIrd International Congress on Law and Mental Health David N. Weisstub (Editor) Université de Montréal, Institut Philippe-Pinel.
- COLÁS ESCANDÓN, A.Mª.: *Acoso y Ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2015.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I.: “La mediación penal con menores infractores en la LORPM”, *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, González Pillado, E. (Coord.), Tirant monografías, Valencia, 2012.
- CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- CUGAT MAURI, M.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), Tirant lo Blanch, 2010.
- CUGAT MAURI, M.: “La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso”, *La Ley Penal*, núm. 107, 2014.
- CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: conciliación y reparación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-14, 2005.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, T. XXII, 1998.
- DEL REY, R./FELIPE, P. y ORTEGA-RUÍZ, R.: en “Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence”. *Psicothema*. Vol. 24, nº 4, 2012.
- DEL REY, R., CASAS, J.A. Y ORTEGA-RUÍZ, R. “El Programan ConRed, una práctica basada en la evidencia” *Revista Comunicar 39: La formación de profesores en educación en medios*. Vol. 20 (2012).

- DÍAZ-AGUADO, M.J.: “La violencia entre iguales en la adolescencia y su prevención desde la escuela.” *Psicothema*, Vol. 17, nº 4, 2005.
- DÍAZ-AGUADO JALÓN, M.J.^a/ MARTÍNEZ ARIAS, M.R.: “Peer bullying and disruption-coercion escalations in student-teacher relationship”. *Psicothema*, Vol. 25, Nº. 2, 2013,
- DIAZ ALABART, S.: “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los menores sometidos a patria potestad o tutela”, en *Anuario de Derecho civil*, junio-septiembre, 1987.
- DÍAZ-ALABART, S.: “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, en *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la enseñanza*, de Silvia Díaz Alabart y Clara Asúa González, ed. Montecorvo, Madrid, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*, Ed. Cívitas. Colección Cuadernos Cívitas Madrid, 2008.
- DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- DOLZ LAGO, M.J.: “Un acercamiento al nuevo delito child grooming. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, nº. 7575, año XXXII.
- DOLZ LAGO, M.J.: “Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015”, *Diario La Ley*, mayo, 2016.
- DURANY PICH, S.: “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores” *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 19/2000.
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.: *Superar un trauma*, Editorial Pirámide, Madrid, 2004.
- FERRANDIS CIPRIÁN, C.: “El delito de online child grooming (artículo 183 bis CP)”, Lameiras, M./Orts Berenguer, E.: *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia, 2014.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P.: “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2012.
- GAIRÍN SALLÁN, J./ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B.P.: “El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención”. *Educación XXI*. 16.1, 2013.
- GARAIGORDOBIL Y MARTÍNEZ-VALDERREY, (2014). “Efecto del Cyberprogram 2.0 sobre la reducción de la victimización y la mejora de la competencia social en la adolescencia”. *Revista de Psicodidáctica*, 2014, 19 (2).
- GARCÍA CANTERO, G. “Relectura del art. 1902 del C.C visto desde el siglo XXI”. *Actualidad Civil*. Año 2007 (R1120).
- GARCÍA MARTÍNEZ, A./BENITO MARTÍNEZ J.: “Los conflictos escolares: causas y efectos sobre los menores” *Revista Española de Educación Comparada*, 8 (2002).

- GARCIA RUBIO, M^a P.: "La responsabilidad civil del menor infractor" Revista Jurídica Galega, n^o 38, 2003.
- GARCIA SERRANO: "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1972.
- GÓMEZ CALLE, Esther, "La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil y en el Borrador del marco Común de Referencia", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, 2011.
- GÓMEZ CALLE, Esther "Padres y Centros docentes", en Tratado de Responsabilidad civil, T. III (Coord. Reglero Campos); Navarra, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: "Comentario al artículo 178 CP", Comentarios al Código Penal, Lex Nova, 2010.
- GÓMEZ, FJ./GALA, M./ LUPIANI, A./ BERNALTE, M.T. MIRET, S. Lupiani y MC. BARRETO. El "bullying" y otras formas de violencia adolescente". *Cuad Med Forense*, 13 (48-49), Abril-Julio 2007.
- GONZÁLEZ PILLADO, Esther.: "La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores", *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, (González Pillado, E., Coord), Tirant monografías, Valencia, 2012.
- GONZÁLEZ RUS, J.J.: "El menor como responsable penal especialmente protegido", El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico), MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TICs", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011.
- GORBEÑA ETXEVARRÍA, L.: "La mediación en educación infantil y primaria", en *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos*. (Coord. Sánchez-García Arista, M^a Luz). Ed. Reus, Madrid, 2013.
- GUNDÍNG RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F.: "Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842, 2012.
- GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J.M.: "Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores" *Diario La Ley*, N^o 6687, Sección Doctrina, 5 Abr. 2007, Año XXVIII, Ref. D-82, LA LEY 1392/2007.
- HERRERA DE LAS HERAS, R.: "El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación", *Diario La Ley*, Año XXXV, junio 2014.
- HERRERO, C.: *Delincuencia de Menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

- LANDROVE DÍAZ, G.: «Réquiem por la Ley Penal del Menor», Diario LA LEY, Año XXVII, núm. 6505, de 15 de junio, 2006.
- LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La educación en valores: Mediación y menores de edad”, en Estado del arte de la mediación. (GORJÓN GÓMEZ, F./LÓPEZ PELÁEZ, A. (Coords.) Aranzadi, 2013.
- LLAMAS POMBO, E.: “La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto”. *Práctica de Derecho de Daños*, N° 19, Sección Editorial, Septiembre 2004, (LA LEY 1727/2004).
- LLAMAS POMBO, Eugenio “Padres y colegios: responsables y negligentes” *Práctica de Derecho de Daños*, N° 45, Sección Editorial, Enero 2007, (LA LEY 4473/2006).
- LLAMAS POMBO, E.: “Otro despropósito: la responsabilidad penal del menor, culpa in educando de sus padres”. *Práctica de Derecho de Daños*, n° 75, Sección Editorial, Octubre 2009 (LA LEY 18750/2009).
- MAGRO SERVER, V.: “El grooming o ciberacoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, Revista Jurídica La Ley, núm. 7492, 2010.
- MARTIN CASALS, M.: “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual.” En *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) Ed. Universidad de Murcia, 2011.
- MARTIN CASALS, Miquel “La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL). En *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. Moreno Martínez, J.A.) Ed. Dykinson Madrid, 2007.
- MARTÍN LORENZO, M.: “Delito de ciberacoso sexual”, *Memento experto: reforma penal 2010*, AAVV. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ AMORÓS, S.: “La vulnerabilidad del menor en las aulas escolares. Construyendo una escuela segura”, en *Vulnerabilidad infantil: un enfoque multidisciplinar*, (Dir. RODES LLORET, F./MONERA OLMOS, C.E./PASTOR BRAVO, M.), Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2010.
- MATALLÍN EVANGELIO, A.: “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J.L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MENDOZA CALDERÓN, B.: *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, Cyberbullying, grooming y sexting*, Valencia, 2013.
- MIR PUIG, C.: “Sobre el problema de la naturaleza de la Responsabilidad civil extracontractual”, *Actualidad Civil*, n.º 7 (febrero 1991).
- MIR PUIG, C.: “Acoso escolar”, *El acoso escolar: una lectura victimológica de la legislación penal*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 94, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- MIRÓ LINARES, D./MORÓN LERMA, E./RODRIGUEZ PUERTA, M.J.: “Child grooming: artículo 183 ter CP”, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma pena de 2012*, Álvarez García, J. (Dir.), 2014.

- MONGE FERNÁNDEZ, A.: *De los abusos y agresiones a menores de 13 años: análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Barcelona, 2011.
- MORALES PRATS, F.: “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del Caso Hormigos”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley Penal del Menor y últimas reformas administrativas), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Coord. Moreno Martínez). Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección” en *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. Moreno Martínez, J.A.) Ed. Dykinson Madrid, 2007.
- MORILLAS CUEVA, L.: “Avances y retrocesos en el tratamiento penal de la delincuencia de menores”, *Aspectos penales de la protección jurídica del menor*, Navarra, 2008.
- MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2016.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRO HERNÁNDEZ, R.M. Y OTROS: *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Ed. Dykinson, 2011.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015.
- MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho Penal: hawking y otras conductas ilícitas en la red*, Navarra, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NORKA ARELLANO: “Violencia entre pares escolares (bullying) y su abordaje a través de la mediación escolar y los sistemas de convivencia”. *Revista Informe de Investigaciones Educativas*. Vol. XXII, n° 2, Número Especial, año 2008.
- NUÑEZ FERNÁNDEZ, JOSE.: “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2012 y 2013”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012.
- OLWEUS, D.: *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*. Ed. Morata, 2ª edición en castellano (reimpresión). Madrid, 2004.
- ORJUELA LÓPEZ, L./BELKIS, F./CALMAESTRA VILLÉN, J./MORAMERCHÁN, J.A. y ORTEGA-RUIZ, R.: Informe sobre “Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción”. (Save the Children). Madrid, Octubre 2013.
- ORTS BERENGUER, E.: “Ciberacoso”, *Derecho Penal. Parte Especial*, A.A.V.V., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- ORTEGA R, DEL REY, R.: “La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia.” *Revista Avances de Supervisión Educativa*, 2006, n° 2 enero 2006.
- PALMA HERRERA, J.M.: “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: Comentario al art. 1902 C.c.» en el Código Civil Comentado, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)”. En *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. (MORENO MARTÍNEZ, Coord.) Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- PAÑOS PÉREZ, A.: *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Madrid, 2010.
- PAÑOS PÉREZ, A.: “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, *Actualidad Civil*, núm. 8, abril de 2012.
- PARDO ALBIACH, J.: “Ciberacoso: ciberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros”, *La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, AAVV, García Álvarez, J. (Coord.), Valencia, 2010.
- PEÑA LÓPEZ, F. en *Dogma y realidad del Derecho de Daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el Sistema Español y en los PETL*. Ed. Aranzadi, 2011.
- PAUL, S./ SMITH, P.K. y BLUMBERG, H.H.: “Investigating legal aspects of cyberbullying”. *Psicothema* Vol. 24, n° 4, 2012.
- PÉREZ FERRER, F. “La respuesta penal al acoso escolar”, en *Derecho y educación*. (Coords. Mena, Pedro, Pérez Ferrer, F. Herrera de las Heras, Ramón y Martínez Ruano, Pedro) Ed. Universidad de Almería, 2010.
- PÉREZ FERRER, F.: “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, *La Ley*, núm. 7915, 2012.
- PÉREZ MARTELL, R.: “El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”. *Diario La Ley*, N° 7978, Sección Doctrina, 4 Dic. 2012, (La LEY 18144/2012).
- PÉREZ VALLEJO, A.M^a “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. IV, 2015.
- PÉREZ VALLEJO, A.M^a.: “Identificación del acoso escolar y del cyberbullying”, *Tratamiento integral del acoso*, Rivas Vallejo, P. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2015.

- PÉREZ VALLEJO, A.M^a.: “Responsabilidad civil parental por acoso de menores y de los Centros Docentes”, *Tratamiento integral del acoso*, Rivas Vallejo, P. (Dir.), Navarra, 2015.
- PIÑUEL, I. Y OÑATE, A. Estudio Cisneros VII “Test AVE, Acoso y Violencia Escolar, TEA Ediciones, Madrid 2006.
- PIÑUEL, I. y OÑATE, A. Acoso y Violencia Escolar en España: Informe Cisneros X, IIEDI, Madrid, 2007.
- POVEDANO, A., CAVA, M. J., MONREAL, M. C., VARELA, R. Y MUSITU, G. (2015) “Victimization, loneliness, overt and relational violence at the school from a gender perspective”. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 15 (1), 44-51.
- RAMOS VAZQUEZ, J.A.: “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, *La Ley*, n° 7446, año XXXII.
- RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C.: *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Ed. Laberinto. Madrid, 2007.
- RODRIGUEZ, V./ROMÁN, Y./ESCCORIAL, A.: *Infancia y justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España*, Ed. Save the Children (en colaboración con el Ilustre Colegio de abogados de Madrid), 2012.
- RODRIGUEZ VÁZQUEZ, V.: “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual artículo 183 bis y del artículo 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-06, 2014.
- ROJAS MARCOS, L.: “Los estragos del acoso escolar”. El País 2 de abril de 2005
- RUBIO LARA, P.A.: “Violencia en los centros escolares y delitos de omisión”, *La Ley Penal*, n° 6247, 2007.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2016.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a B.: *La obligación civil nacida de delito o falta* (Tesis Doctoral, 1996). De la misma autora, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*. Ed. Comares, Granada, 1997 y *El ilícito civil en el Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1997.
- SÁINZ-CANTERO, M^a.B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*. Ed. Comares, Colección Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2012.
- SÁNCHEZ-GARCÍA ARISTA, M^a L.: “Mediación educativa contextualizada”, en *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos*. (Coord. Sánchez-García Arista, M^a Luz). Ed. Reus, Madrid, 2013.
- SANTOS MORÓN, M^a José.: “Daños causados por menores responsabilidad paterna y estándar de diligencia” *Revista de derecho privado*, Núm., 3, Mayo-junio 2012.

- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J.: “El acoso escolar. Un apunte victimológico”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-03-2007.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores”, *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Quintero Olivares, G. (dir.), Ed. Aranzadi, 2010.
- URRA, J.: “Adolescentes en conflicto. Abordaje educativo y sancionador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2005.
- VEGA-GEA, E. ORTEGA, R. SÁNCHEZ, V. Acoso sexual en adolescentes: dimensiones de la Escala de Acoso Sexual en chicos y chicas *International Journal of Clinical and Health Psychology* 1, 2016.
- VIANA ORTA, M^a I.: “Características de la mediación escolar en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas”. *Revista Cuestiones Pedagógicas*, n^o 22, 2012.
- VICENTE DOMINGO, E.: “El Daño”, en *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), segunda edición, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La mediación como medio de resolución de conflictos para menores de edad”, en *La capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas*. (Coord. por María Paz Pous de la Flor, Rosa Adela Leonseguí Guillot, Fátima Yáñez Vivero) Exlibris, Madrid, 2009.
- ZANNONI, E. A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Ed. Astrea, 2^a ed. Buenos Aires, 1987.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS:

- Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.
- Estudio Cisneros X sobre la violencia y el acoso escolar en España (OÑATE Y PIÑUEL), 2006.
- Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía sobre la gestión realizada durante 2013.
- Informe del Defensor del Pueblo. Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria. Madrid, 2000.
- Informe del Defensor del Pueblo. *Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria (1999-2006)*. Nuevo estudio y actualización del Informe 2000. Madrid, 2006

Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el *tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*.

Memoria de la Fiscalía General del Estado. Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. MADRID, 2013.

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales