

EL ACOSO ESCOLAR

Un apunte victimológico

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Magistrado. Doctor en Derecho

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. El acoso escolar: un apunte victimológico. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-03, p. 03:1-03:32. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-03.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-03 (2007), 12 mar]

RESUMEN: El presente estudio, de orientación transdisciplinaria, se circunscribe al definido objeto de realizar una lectura victimológica de la normativa penal aplicable al acoso escolar, en su vertiente sustantiva y procesal, tomando como contexto objetivo la violencia entre alumnos y como referentes subjetivos un agresor y una víctima, ambos menores de edad. Para alcanzar tal fin, se estructura la reflexión en tres partes: en la primera,

se analizan las notas criminológicas y victimológicas que identifican el acoso escolar; en la segunda, se examinan las características del tratamiento jurídico penal del acoso escolar, en el ámbito de la selección de las conductas prohibidas y en el seno de la identificación de las objetivos pretendidos con la imposición de las sanciones y, en la tercera, se estudia la regulación de los aspectos del proceso que tratan de urdir un contexto institucional que permita una decisión reeducadora para el agresor y reparadora para la víctima.

PALABRAS CLAVES: Acoso escolar, victimarios, víctimas, espectadores, interés del menor infractor, protección de las víctimas, juicio justo.

Fecha de publicación: 12 marzo 2007

SUMARIO: I. EL ACOSO ESCOLAR: PERFILES CRIMINOLÓGICOS Y VICTIMOLÓGICOS. I.1. Caracterización. I.2. Los victimarios. I.3. Las víctimas. I.4. Los espectadores. II. EL ACOSO ESCOLAR Y LA INTERVENCIÓN JURÍDICO PENAL. II.1. A modo de introducción. II.2. Los principios de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores II.2.1. La tutela del interés del menor infractor. II.2.2. La protección de las víctimas. II.3. El acoso escolar: juicio de tipicidad: II.3.1. Planteamiento. II.3.2. El delito contra la integridad moral. II.3.2.1. Bien jurídico. II.3.2.2. Conducta típica. II.3.2.3. Concursos delictivos. II.4. La reacción jurídico penal. II.4.1. Planteamiento. II.4.2. Los objetivos. II.4.3. Las exigencias materiales y formales III. EL PROCESO DE MENORES: LA INTEGRACIÓN DE LAS VÍCTIMAS. III.1. El juicio justo. III.2. La protección de las víctimas. III.2.1. A modo de introducción. III.2.2. En la instrucción. III.2.3. En la audiencia. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

La posición neutral ayuda siempre al opresor, nunca a la víctima. El silencio estimula al verdugo, nunca al que sufre.

ELIE WIESEL

Es peligroso vivir en el mundo, no por culpa de quienes hacen el mal, sino por culpa de quienes miran y permiten que se haga.

ALBERT EINSTEIN

I. EL ACOSO ESCOLAR: PERFILES CRIMINOLÓGICOS Y VICTIMOLÓGICOS

I.1. Caracterización

Las circunstancias que rodearon el deceso del joven *Jokin Ceberio Laboa*, ocurrido en la localidad de Hondarribia el día 21 de septiembre de 2004, ha incardinado en el debate público un tipo específico de victimación: el acoso en el sistema educativo. Su magnitud ha sido detectada en el campo empírico, dada la existencia de estudios científicos que reflejan que, a lo largo de su trayectoria académica, un número significativo de escolares tienen contacto con la violencia, como víctimas, agresores o espectadores (DÍAZ-AGUADO, 2005: 1). Una ponderada reflexión sobre el denominado acoso escolar, presupuesto ineludible de todo modelo racional de legislación penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003: 86), exige deslindar con precisión sus elementos identificadores, huyendo de toda equiparación del acoso con la agresión, física o psicológica, que puntualmente un alumno puede sufrir o cometer, supuesto identificable con una de las modalidades de violencia escolar (SANMARTÍN, 2006: 27).

El acoso escolar ha sido definido como un comportamiento frecuente y persistente guiado por el ánimo deliberado de perjudicar, del cual es difícil defenderse por parte de las víctimas (HERRERO, 2005: 98), al existir una asimetría de poder entre el agresor y el agredido que posibilita la sustitución, como regla rectora de la interacción personal, del principio de igualdad por el principio de jerarquía fundado en el dominio y la sumisión (RODRÍGUEZ, 2006: 26). Por lo tanto, un estudiante padece acoso cuando está expuesto de forma repetida a agresiones, de las que no puede defenderse fácilmente, por parte de uno o más compañeros de colegio (ROJAS MARCOS, 2005: 1). La víctima padece, de esta manera, una interferencia arbitraria en su espacio vital que menoscaba su libertad personal (PETTIT, 1999: 12).

Constituye, consecuentemente, el acoso escolar una modalidad de victimación que presenta como notas específicas las que a continuación se describen.

1. La existencia de conductas violentas de diversa naturaleza (burlas, amenazas, intimidaciones, agresiones físicas, exclusiones, insultos, vejaciones, rumores infundados) que tienen carácter persistente, prolongándose en el tiempo. La violencia introduce en la interacción personal una nota específica: la víctima no recibe el trato que

merece un ser humano cuya alteridad se reconoce y respeta; se le asigna la respuesta propicia para alguien cuya diversidad se estima merecedora de castigo o incluso de destrucción (KEANE, 2000: 62). En la interacción se troca el paradigma de igualdad – articulado en torno a los valores de horizontalidad vital y reciprocidad ética por el paradigma de abuso de poder –vertebrado en torno a las notas de dominio y sumisión (ORTEGA, 2006: 246).

2. La confluencia de varios agresores que, bajo la dirección de uno o varios líderes, integran un grupo, intensificando con ello la sensación de dominio y favoreciendo distorsiones cognitivas en sus miembros (percepción absolutista, despersonalización, difuminación de la responsabilidad, culpabilización de la víctima), dada la naturaleza disruptiva del colectivo en el que se integran (DÍAZ-AGUADO, 2005: 8) y la desinhibición conductual y el analfabetismo emocional que exigen a sus integrantes (URRA, 2005: 229).

3. La incardinación de una o varias víctimas con una estrategia de defensa limitada por la debilidad que caracteriza su posición (alimentada por el silencio o pasividad de las personas –alumnos, docentes- que conocen o debieran conocer la situación), a quien se somete a dinámicas de exclusión y vejación.

4. La presencia del contexto educativo como vínculo o nexo entre los agresores y las víctimas. Se han destacado tres características de la escuela que contribuyen a la violencia escolar (DÍAZ-AGUADO, 2005: 18): la justificación o permisividad de la violencia como forma de resolución de conflictos entre iguales; el tratamiento habitual que se da a la diversidad actuando como si no existiera y la falta de respuesta del profesorado ante la violencia entre escolares, que deja a las víctimas sin ayuda y suele ser interpretada por los agresores como un apoyo implícito. Esta última omisión reactiva se relaciona con papel del docente como exclusiva correa de transmisión de específicos conocimientos sobre una materia, conforme al paradigma de docente funcional (SEGOVIA, 2005: 274), con escasa intervención en los espacios educativos ubicados más allá de los límites del aula. Ello a pesar de que el acoso tiene su manifestación más frecuente en lugares como el patio, los pasillos, los aseos y el comedor (HARRIS/PETRIE, 2006: 20), y el profesorado tiene atribuido un rol vertebral en la detección del acoso escolar (SERRANO, 2006: 66).

I.2. Los victimarios

El victimario tiende a estructurar sus relaciones interpersonales conforme a pautas de poder y control al presentar, en la mayoría de las ocasiones, una personalidad agresiva, unos mecanismos inhibitorios débiles y una actitud favorable a desplegar estrategias violentas (FARRINGTON/BALDRY, 2006: 112). Su escasa tolerancia a la frustración, débil habilidad social, impulsividad, dificultad para cumplir las normas, hostilidad hacia las figuras de autoridad y mínima empatía explica su identificación con un modelo conductual estructurado en torno al dominio. La violencia, en sus diversas manifestaciones, constituye una estrategia de sumisión del “otro” a través de la vía de hecho que confiere sentido al propósito de negación de la subjetividad e

individualidad del domeñado por la conducta violenta (WIEVIORKA, 2006: 41). Este sojuzgamiento alcanza su *cénit* cuando se integra en una dinámica de grupo y viene acompañada de una simbolización de la persona victimizada como inferior o enemigo (ROJAS MARCOS, 2000: 175), integrada, por tanto, en una categoría conceptual en la que la humanidad se percibe devaluada y, consiguientemente, ponderada como susceptible de ser dañada (GARCÍA SELLAS/ROMERO BACHILLER, 2006: 15). En casos específicos, los agresores son personalidades psicopáticas que disfrutaban trasgrediendo los límites humanos, ejerciendo el poder que los acerca a lo absoluto: decidir sobre la vida y la muerte de los demás (GARRIDO, 2000: 287), trascendiendo de los límites de lo humanamente posible (RAMONEDA, 1999: 128). Los acosadores aquejados de trastornos de la personalidad obtienen satisfacción a través del dolor de las víctimas (OLWEUS, 2006: 87); el resto muestra, cuanto menos, escasa empatía o preocupación por el devenir vital de sus víctimas.

1.3. Las víctimas

La elección de la víctima puede obedecer a factores personales (inseguridad, bajo autoestima, elevada formación), grupales (pertenencia a minorías étnicas o colectivos marginales), relacionales (dificultades de aprendizaje o de expresión) o vinculados a su orientación sexual (homosexualidad, preferentemente). Ser percibido como diferente, débil, valioso o atractivo favorece ser destinatario de la violencia escolar, al alimentar dinámicas de venganza existencial en las que la violencia trata de difuminar los elementos que individualizan y caracterizan a la víctima (GARRIDO, 2006: 78). Con frecuencia el agresor justifica el acoso tildándolo como estrategia reactiva ante las provocaciones de la víctima, acentuando, de esta manera el sentimiento de culpabilidad que, en muchas ocasiones, asola a la víctima (DÍAZ-AGUADO, 2001: 5). La huella destructiva del acoso es indeleble: angustia, ansiedad, temor, absentismo, fracaso escolar y aparición, en los casos extremos, de procesos depresivos que pueden desembocar en ideas y prácticas autodestructivas (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2004). En estos últimos casos, la muerte supone una afirmación rotunda del rechazo a todo y una forma de suturar la fractura interior que justifica percibir como intransitable la vida (MARINA, 2006: 156). Las víctimas del hostigamiento hacen una lectura del entorno vital en clave notoriamente pesimista, caracterizada por una reducción del campo de la vida consciente que impide considerar la realidad de otro modo, favoreciendo una sensación subjetiva de pérdida de control sobre la propia trayectoria vital (ECHEBURÚA, 2004: 138). Esta “visión en túnel” alcanza notable intensidad cuando la agresión procede del elenco de integrantes del grupo del que se forma o formó parte. La confianza en uno mismo es, en gran parte, una interiorización de la imagen positiva que los otros tienen de uno (TODOROV, 1995: 91). Por ello, la ridiculización y la vejación por parte del grupo del que se forma parte es un mensaje de invisibilidad e indiferencia que ubica al afectado en la nada subjetiva. Cualquier persona, máxime si es menor de edad, puede sufrir un daño significativo si el grupo que le rodea le muestra, como reflejo, un cuadro limitado, degradante o despreciable de sí mismo (CRUZ,

2005: 84). El desmoronamiento de los cimientos de la propia identidad (soy quien soy y me integro con quien me integro) produce un efecto especialmente relevante en personas que, dada su edad, se encuentran inmersas en un proceso de conformación de la propia personalidad. Por esta razón la quiebra del sentimiento de seguridad en sí mismo y de confianza en los demás seres humanos presenta especial magnitud cuando se trata de víctimas adolescentes que viven un contexto de maduración gradual. En esta fase vital se intensifica la percepción personal de fragilidad y, correlativamente, se incrementa la búsqueda de ropaje emocional en el entorno que los envuelve que, generalmente, los adolescentes tratan de alcanzar desde el sentimiento de pertenencia a un grupo de iguales.

1.4. Los espectadores

El espectador es la persona que no se involucra activamente en una situación en la que otra persona necesita ayuda. Presenta un territorio común con el autor: la negación. No sabía o no podía son las dos justificaciones morales de la inactividad del silente. Los factores explicativos de su omisión son plurales: la indiferencia, la falta de confianza en los recursos institucionales (educativos, comunitarios, públicos) y el temor a sufrir represalias, aparecen como los más significativos (HARRIS/PETRIE, 2006: 26, 27, 62). Su silencio no es, en cambio, neutro: abstenerse de actuar confiere a los victimarios la seguridad de no que no habrá resistencia de los observadores, lo que refuerza su actuar e incrementa la debilidad de las víctimas (BAUMAN, 2004: 253). La estrategia del silencio ante la violencia genera más violencia dado que los agresores, y las personas que se identifican con ellos, así como las víctimas les confieren un significado antitético: los victimarios estiman que se trata de un apoyo implícito a su conducta; las víctimas consideran que resulta justificada su sentimiento de culpabilidad, dada la orfandad en la que se encuentran y la falta de respuesta del entorno de iguales y del colectivo de docentes. Además, la exposición silente al acoso puede favorecer dinámicas pasivas ante las relaciones regidas por los esquemas de dominio-sumisión (URRA, 2006: 416). La patología anudable a la denominada “conspiración del silencio” es especialmente relevante cuando la falta de ayuda y protección a quien sufre la violencia persistente tiene lugar en el sistema educativo, teniendo en cuenta que la educación debe estar encaminada, entre otros objetivos, al desarrollo de la personalidad y al respeto de los derechos humanos (artículo 29 de la Convención de Derechos del Niño), así como a la tutela de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2 CE). Desarrollando estas exigencias, el artículo 2 de la LO 10/2002, de Calidad de la Educación, reconoce como derecho básico del alumno el respeto a su integridad y dignidad personal, y la protección contra toda agresión física o moral e implementa como deber básico de todo alumno el respeto a la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa. De manera correlativa, el artículo 13 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor obliga a los docentes y responsables de centros educativos a prestar a todo alumno el auxilio inmediato que precise, comunicando a las autoridades las situaciones de riesgo

que afecte a un menor. El marco normativo ofrecido por los instrumentos supranacionales y nacionales mencionados pretenden hacer viable el objetivo básico de la educación: el acunamiento efectivo de lo humano allí donde sólo existe una potencialidad (SAVATER, 1997: 29). Premisa básica para tan valiosa labor es preservar el derecho del menor a sentirse seguro en el espacio escolar, libre de cualquier trato vejatorio o humillante (OLWEUS, 2006: 89). Coadyuva a la consecución de tal objetivo la implantación de un clima escolar donde el acoso sea considerado inaceptable por los integrantes de la comunidad escolar (BLAYA, 2006: 167).

II. EL ACOSO ESCOLAR Y LA INTERVENCIÓN JURÍDICO PENAL

II.1. A modo de introducción

La política pública en materia de acoso escolar debe integrar componentes preventivos y reactivos, evitando, en todo momento, la tendencia, abonada por la necesidad de ubicar en el punto neurálgico de la agenda política temas de gran calado mediático, de desplazar al campo penal la discusión de los problemas sociales (ALBRECHT, 1999: 471). La desmesurada intervención penal favorece una fagocitación del Estado social por el Estado policial (CROUCH, 2004: 40), con el consiguiente reforzamiento de los contenidos punitivos de signo retributivo (ZAFFARONI, 2005: 94).

Por ello, resulta pertinente incentivar la prevención como sistema de protección, interviniendo en la estructura socializadora (niño-familia-contexto) desde una perspectiva global e integradora (URRA, 1997: 248). El paradigma preventivo se vertebra en cinco hitos (ROJAS MARCOS, 1996: 212) aunados en una perspectiva integradora que, por un lado, disminuya los factores de riesgo de implementación de una estrategia violenta y, por otro, aumente los factores de protección o resistencia ante las dinámicas violentas. A saber:

- definir los comportamientos violentos que se intentan prevenir;
- analizar las causas primarias de estas conductas;
- identificar los grupos sociales de riesgo;
- formular los métodos y mensajes preventivos específicos, a través del desarrollo de los recursos cognitivos, emocionales y sociales para afrontar los conflictos y
- evaluar los resultados de la intervención.

La prevención de la violencia escolar precisa la creación de entornos vitales de calidad en el contexto familiar y educativo, permeables a los valores democráticos de tolerancia y respeto intercultural y dúctiles a la implementación de dinámicas de resolución no violenta de los conflictos interpersonales. La vinculación existente entre la violencia y la falta de calidad del vínculo educativo ha sido resaltada en los estudios empíricos sobre la materia (DIAZ-AGUADO, 2005: 18). De ahí que el favorecimiento de contextos de identificación de los adolescentes con los valores de respeto mutuo, empatía y no violencia dificulte el acoso entre escolares, máxime cuando se integran en contextos educativos impregnados de calidad afectiva, presididos por dinámicas

participativas, domeñados por estrategias cooperativas y encaminados a promover un pensamiento crítico. En este sentido, destacan las siguientes pautas: desarrollar una cultura de la no violencia, rechazando explícitamente cualquier comportamiento que conlleve una victimación; adoptar un estilo no violento para expresar las tensiones y resolver los conflictos que acaezcan y quebrar los esquemas de silencio frente a actitudes de naturaleza destructiva (GARRIDO, 2006: 127). De esta manera, se construyen los cimientos de una educación para la ciudadanía democrática abocada a desarrollar las capacidades cognitivas, emocionales y conductuales necesarias para respetar los límites que conlleva toda convivencia y resolver los conflictos interpersonales de una manera constructiva (DÍAZ AGUADO, 2001: 6 y 7). Se hace de la diversidad una fuente de crecimiento personal, y de la reflexión, la comunicación y la cooperación estrategias de composición de las divergencias.

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 de *última ratio* (QUERALT, 2006: 1) y prohibición de exceso (CUERDA ARNAU, 2006: 198) en la estructuración de los sistemas de tutela de los proyectos vitales de los alumnos. De ahí que sea predicable un papel residual de la intervención pública de naturaleza penal, a modo de último baluarte institucional frente a conductas que dañan o crean un riesgo significativo para los intereses fundamentales de las personas que comparten un hábitat docente. Esta ubicación del rol punitivo en el orden jurídico del Estado no cohonesta con las propuestas públicas de “final de cañería” (SUBIRATS, 2005: 12) que, desatendiendo las causas, ponen el acento en los efectos, propugnando una política de criminalización guiada por una progresiva hipertrofia del Estado penal, tras la atrofia del Estado social (WACQUANT, 2000: 79).

Agotadas las virtualidades de las estructuras preventivas, y no siendo factible que los fines tutelares pretendidos se alcancen por remedios jurídicos no penales, resulta legítimo que el Estado acuda al Derecho Penal (MIR PUIG, 2004: 127), siendo el poder legislativo la institución a la que, dentro de los márgenes constitucionales, compete elaborar las líneas político-criminales de la intervención penal. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 19 CP de 1995 estipula las líneas maestras del modelo regulador de la responsabilidad de los menores de dieciocho años que cometan un hecho tipificado como infracción penal. Dispone que estos menores no serán responsables criminalmente con arreglo a la regulación contenida en el Código Penal, estipulando que 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. Desarrollando esta previsión, se promulga la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), que fue modificada por la LO 7/2000 y la LO 9/2000 y desarrollada por el Decreto 1774/2004. A un breve examen de la ley dedicamos las páginas siguientes.

II.2. Los principios de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

LORPM diseña un modelo de responsabilidad penal del menor, cuya edad oscila entre los 14 y los 17 años, que trata de integrar perspectivas de diferente naturaleza: la educativa, la sancionadora y la garantista, básicamente. De esta forma, trata de perfeccionar una responsabilidad que, siendo formalmente penal, permita una intervención materialmente educativa, sustancialmente diversa de la que identifica la responsabilidad penal del adulto, al tratarse de personas en proceso de formación (GIMÉNEZ-SALINAS, 2000: 117). Por ello, dibuja un modelo de naturaleza sancionadora-educativa, caracterizado por la búsqueda de un equilibrio entre la faceta jurídica –el menor como titular de garantías sustantivas y procesales- y la faceta educativa –orientación pedagógica de la respuesta penal frente al infractor- (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1998: 72). Este modelo descansa en un difícil, pero necesario, equilibrio entre dos principios vertebrales: la tutela del interés del menor infractor y la protección de las víctimas.

II.2.1. *La tutela del interés del menor infractor*

La tutela del interés del menor infractor confiere carácter prevalente, en la justicia de menores, a las funciones de prevención especial positiva, ceñidas a potenciar la integración completa del menor en la sociedad (BERNUZ, 2005: 4). El mentado interés integra, en todo caso, un concepto jurídico indeterminado cuya concreción compete al juzgador a la luz de las circunstancias concurrentes (ALTAVA, 2002: 366), tomando como referente el libre desarrollo de la personalidad del menor en sus facetas cognitivas, afectivas y sensitivas.

La especial significación que el legislador confiere al interés del menor infractor en el diseño del contenido de la intervención penal tiene un nítido reflejo en el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de la LO 5/2000: "(...) Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor (...)".

Sin embargo, la taxatividad con la que se pronuncia la Exposición de Motivos, respecto a la falta de vigencia de criterios vinculados a la idea de proporcionalidad y a los fines de prevención general, queda parcialmente devaluada en el diseño normativo que se desarrolla en el articulado de la ley, sobre todo tras la reforma operada por la LO 7/2000. Así:

- el artículo 7.3 LORPM explicita, como uno de los criterios a los que el Juez de Menores debe atender para elegir la medida adecuada, el referido a la valoración jurídica de los hechos; es decir, la significación que los mismos tienen desde la óptica ofrecida por la gravedad del injusto, atendiendo al desvalor de la acción y del resultado. A su vez, el artículo 14.1 LORPM vincula la modificación por el

- Juez de Menores de la medida impuesta en la sentencia a que la novación (que puede ser un cese de la medida impuesta, una reducción de su duración o una sustitución por otra medida), además de redundar en el interés del menor infractor, exprese suficientemente al mentado menor el reproche merecido por su conducta.
- por su parte, en el artículo 9 LORPM: se pergeñan algunas medidas aplicables a las infracciones cometidas por menores evitando que el nivel de aflicción predicable del contenido y duración de la medida exceda de la gravedad del hecho realizado (se contempla de forma expresa el tipo de medida asignable a los hechos calificados como falta, se impide que la medida de internamiento en régimen cerrado se imponga a los hechos imprudentes o a los hechos dolosos en cuya comisión no se haya empleado violencia o intimidación o, ausentes estos medios comisivos, no se haya actuado con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas); se dispone la aplicación exclusiva y excluyente de la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años, cuando el hecho, realizado por un menor que haya cumplido los dieciséis años, constituya un delito cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física y revista extrema gravedad, bien porque sea reincidente bien porque, sin ser reincidente, el Juez de Menores aprecie la extrema gravedad en la sentencia, y se especifica que, en estos últimos casos, la facultad jurisdiccional de novar la medida de internamiento únicamente podrá ejercerse una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la mentada medida¹.
 - finalmente la Disposición Adicional Cuarta LORPM, introducida por la LO 7/2000, dispone que cuando los hechos atribuidos al menor fueran constitutivos de un delito de homicidio doloso (artículo 138 CP), asesinato (artículo 139 CP), agresión sexual con acceso carnal (artículos 179 y 180 CP), terrorismo (artículos 571 a 580 CP) o cualesquiera otro sancionando con pena de prisión igual o superior a quince años, la medida a imponer por el Juez de Menores competente será el internamiento en régimen cerrado, cuya duración, atendiendo a la edad del menor y el delito cometido, oscila entre uno y diez años², estipulándose que la facultad jurisdiccional de modificar la medida impuesta en la sentencia sólo se podrá ejercitar una vez transcurrida la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

¹ El proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 (en adelante PLORPM), tramitándose en el Senado cuando se redactan estas líneas, estipula que el juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años (complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años) cuando el menor de 16 o 17 años cometa un hecho tipificado como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales, o como delito menos grave, cuando en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de los mismos o se trate de un delito cometido en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades, siempre que el hecho cometido revista extrema gravedad, caracterización que siempre concurrirá cuando se aprecie reincidencia.

² El PLORPM limita a ocho años la duración máxima de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Es más: la previsión de un elenco de infracciones en las que la única medida imponible en la justicia de menores es el internamiento en régimen cerrado ha justificado mantener, en algún sector doctrinal, que con ello no se aspira a realizar funciones de prevención especial positiva y de integración social, sino, más bien, de prevención general positiva y negativa y de prevención especial negativa, a través de la inoportunización y apartamiento del menor (BERMUZ, 2005: 10).

A nuestro juicio, el marco normativo que se acaba de explicitar permite concluir que los postulados vinculados a la proporcionalidad y la prevención general no se encuentran extramuros del derecho penal de menores (TAMARIT, 2002: 25). Lo que sí puede sostenerse es que, en atención a las características específicas que presentan sus destinatarios, se trata de un orden jurídico orientado preferentemente hacia la prevención especial, en el que la proporcionalidad y la prevención general operan con un menor nivel de intensidad que en el Derecho Penal de adultos (HIGUERA, 2003: 39). De esta forma, la selección de las medidas sancionadoras educativas estarían presididas por las exigencias de prevención especial positiva, sin obviar las funciones de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general (HIGUERA, 2003: 41,70,302), desligando, estas últimas funciones, de la tarea de preservación de la vigencia de la norma para vincularlas a la tarea de protección de los intereses de los seres humanos (MIR PUIG, 2005, 14).

Esta especificidad regulatoria explicaría las pautas generales de actuación en materias como la regulación de la elección de la medida imponible, la determinación de su marco de ejecución y el diseño de las funciones del Equipo Técnico. La selección jurisdiccional de la sanción imponible tiene como referente no solo la valoración jurídica de los hechos sino también, y de forma especial, la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, debiendo el juez motivar en la sentencia las razones por las que elige una medida y diseña un plazo de duración para la misma, a efectos de la valoración del mencionado interés del menor (artículo 7.3 LORPM). La ejecución jurisdiccional de la sanción impuesta se rige por el principio de flexibilidad, pudiendo el Juez de Menores dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en interés del menor y se exprese suficientemente al menor el reproche merecido por su conducta (artículos 14.1 y 51.1 LORPM). Finalmente, el ejercicio de las funciones de selección y ejecución de las sanciones tiene en cuenta, sin llevar a la vinculación, los conocimientos ofrecidos por los profesionales de las ciencias de la conducta radicados en el equipo técnico a quien, entre otras competencias, se le atribuye las siguientes: emitir un informe sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor (artículo 27.1 LORPM), ilustrar al Juez de Menores en el acto de la Audiencia acerca de la procedencia de las medidas solicitadas respecto del menor (artículo 37.2 LORPM) e informar al Juez de Menores acerca de la procedencia de modificar, sustituir o dejar sin efecto la medida impuesta (artículos 14 y 51 LORPM).

II.2.2. La protección de las víctimas

La LORPM implementa un marco de protección de las víctimas (preferentemente menores en el acoso escolar) que trata de hacer viable los postulados de la justicia restaurativa (CID/LARRAURI, 2005: 34) a través de cuatro mecanismos:

- preservando su presencia activa en el proceso en términos idóneos para ejercer las *funciones de participación* (tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden, participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción o de audiencia, ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento, incluidos los referidos a la modificación o sustitución de medidas impuestas al menor), las *funciones de postulación* (ejercitar la pretensión penal, instar la imposición de las medidas legalmente establecidas, proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, con excepción de las referidas a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor) y las *funciones de revisión* (interposición de los recursos legalmente previstos frente a las sentencias y resoluciones del Juzgado de Menores), tal y como se contempla en el artículo 25 LORPM; de esta manera trata de garantizarse que el procedimiento sea un espacio institucional de acogida para las víctimas (TINOCO, 2005: 187), en el que la información, la asistencia y la atención sean sus notas caracterizadoras³.

- permitiendo su intervención en estructuras mediadoras que posibilitan varios objetivos: viabilizan la conciliación entre el menor y las víctimas o a la reparación del daño (artículo 19 LORPM), postulados propios de la Justicia reparadora (GIMÉNEZ-SALINAS, 2000: 135), conjugando, con una pupila victimológica, las necesidades de reintegración del victimario y de reparación a la víctima (HERRERA, 2001: 430); coadyuvan a una inserción positiva del menor en la comunidad, al responsabilizarle del daño y ofrecer una prestación constructiva (ROXIN, 1998: 389) y justifican una función institucional idónea para la pacificación de las relaciones sociales (GARAPON, 1997: 16), al permitir una elaboración conjunta de los mecanismos de composición del conflicto interpersonal (CRUZ MARQUEZ, 2005: 2).

- estipulando que la reparación de los daños y perjuicios, que tienen como causa la infracción penal cometida por el menor, pueda ser obtenida en el marco de la denominada pieza de responsabilidad civil, con específica mención a la responsabilidad civil de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho del menor, responsabilidad que se ha tildado de objetiva (VAQUER, 2002: 137) y que se extiende al centro docente, cuando el delito se comete en sus instalaciones, si bien en esta materia, a falta de regulación expresa, se discute si su responsabilidad es solidaria, *ex* artículo 61.3 LORPM, por entender que se trata de un guardador del menor durante el tiempo

³ El PLORPM contempla la introducción de un nuevo artículo –el cuarto– referido a los derechos de las víctimas y los perjudicados. Implementa una disciplina de información a las víctimas que se extiende a diversas materias: medidas de asistencia previstas en la legislación vigente; facultades de personación en el proceso; funciones del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las acciones civiles, comunicación de las resoluciones adoptadas por el Ministerio Fiscal o el Juez de Menores que afecten a sus intereses, con específica mención al acuerdo de desistimiento de la incoación del expediente y a la sentencia que se pronuncie.

lectivo (CUESTA MERINO, 2002: 331) o subsidiaria por aplicación analógica de las previsiones contenidas en los artículos 120.3 y 121 CP.

- contemplando la aplicación de la normativa contenida en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y sus disposiciones complementarias (artículo 61.4 LORPM).

A la luz de los principios de tutela del interés del menor infractor y protección de las víctimas, que también pueden ser menores de edad, procede analizar el tratamiento jurídico penal del acoso escolar en la LORPM.

II.3. El acoso escolar: juicio de tipicidad

III.3.1. *Planteamiento*

La LORPM no regula tipos de injusto específicos cometidos por personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años. Tal y como puede colegirse de la lectura de sus artículos 1.1 y 5.1, los ilícitos penales que pueden conllevar la exigencia de responsabilidad penal de los menores de las edades referidas, son los hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. Por lo tanto, a las mentadas leyes tenemos que acudir a la hora de examinar si las conductas subsumibles en el acoso escolar constituyen ilícitos penales.

El acoso escolar, tal y como ha sido definido al inicio de esta reflexión, está integrado por una pluralidad de hechos que pueden encontrar acomodo en los tipos penales que tratan de proteger los intereses personalísimos de la persona. A modo de recordatorio: asesinato, homicidio, inducción y auxilio al suicidio, lesiones, detenciones ilegales, amenazas, coacciones, integridad moral, agresiones y abusos sexuales, injurias. Hacer un estudio de todas ellas excedería de los límites de este trabajo. Por ello, nos vamos a limitar a examinar la figura que con mayor fidelidad integra en el orden jurídico penal los matices victimológicos y criminológicos del acoso escolar, tal y como este específico hostigamiento ha sido definido al comienzo de este trabajo: el delito contra la integridad moral.

III.3.2. *El delito contra la integridad moral*

III.3.2.1. Bien jurídico

El delito contra la integridad moral cometido por un particular contra otro se encuentra recogido en el artículo 173, ubicado en el Título VII del Libro II del CP. Su previsión ha sido calificada de absolutamente novedosa (BARQUÍN, 2002: 269), destacándose su justificación como respuesta acertada a la necesidad de evitar tratamientos inhumanos o degradantes en el ámbito privado (CONDE-PUMPIDO, 1997: 2122).

La expresión integridad moral ha sido tachada de desafortunada, dado que se refiere a un bien jurídico de contenido difícil de determinar (MUÑOZ CONDE, 1996: 446) y que no es fácil concebir como objeto de ataque ajeno, dado que parece referirse a una

cualidad de la persona que sólo puede ser afectada por la conducta del propio sujeto (SSTS de 14 de noviembre de 2001 y 2 de abril de 2003). Su excesiva vaguedad y abstracción ha provocado un esfuerzo doctrinal centrado en perfilar su contenido, dando lugar a diversas líneas exegéticas. Unos autores estiman que es una parte integrante del concepto de integridad personal: el derecho de la persona a no padecer sensaciones de dolor o sufrimientos físicas o psíquicos vejatorios (DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1998: 86); otros estiman que se identifica con la indemnidad o incolumidad personal, definiéndolo, desde la idea de la inviolabilidad de la persona humana, como el derecho a ser tratado como un ser humano (GONZÁLEZ CUSSAC, 1996: 102); una última línea de pensamiento entiende que por integridad moral debe entenderse integridad física y salud en general (PORTILLA, 1996 : 279). Estos posicionamientos pivotan, en todo caso, sobre una idea nuclear: el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas (MUÑOZ CONDE, 2004: 185).

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, SSTEDH caso Irlanda contra el Reino Unido de 18 de enero de 1978, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido de de 25 de febrero, caso Labzov contra Rusia de 16 de junio de 2005) reseña que la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes son graduaciones de una misma escala, especificando que la evaluación de la intensidad de la humillación o degradación padecidas, necesaria para vulnerar el artículo 3 CEDH, debe realizarse en cada caso, analizando la intensidad y duración de la conducta vejatoria así como las circunstancias específicas de las víctimas, tales como su edad y estado de salud. El Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994) vincula la integridad moral con la inviolabilidad de la persona, ubicando dentro de la esfera de la integridad moral conductas idóneas para envilecer, humillar o vejar. Siguiendo esta línea argumental, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que la integridad moral comprende todas las facetas de la personalidad: la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (SSTS de 8 de mayo de 2002, y 20 de julio de 2004). De esta manera, mantiene que la integridad moral constituye un atributo de la persona por el mero hecho de serlo, con la consiguiente proscripción de cualquier uso instrumental de un individuo (STS de 3 de octubre de 2001), y estima 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 (STS de 2 de noviembre de 2004).

Todas las construcciones referidas tienen un denominador común: la integridad moral simboliza el coto vedado a la disidencia en el que encuentran resguardo los derechos inherentes a la dignidad humana (GARZON VALDES, 2004: 129). Su menoscabo acaece cuando la persona es objeto de humillación, de vejación o de envilecimiento (BARQUÍN, 2002: 276).

III.3.2.2. Conducta típica

El artículo 173 CP define la conducta típica en los siguientes términos: infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

La imprecisión de acción (infligir un trato degradante) ha sido resaltada en el plano jurisprudencial (SSTS de 14 de noviembre de 2001, 2 de abril de 2003), conviviendo en la doctrina posiciones que estiman que este déficit de determinación contraría las exigencias del principio de taxatividad de los tipos penales (DEL ROSAL BLASCO, 2005: 218) con posturas que consideran que una interpretación sistemática y teleológica del tipo permite un satisfactorio cumplimiento del principio de legalidad (BARQUÍN, 2002: 284). Si bien alguna decisión ciñe el ámbito de aplicación del artículo 173 CP a los hechos en los que la degradación tiene una duración notoria y persistente (STS de 14 de noviembre de 2001), entendiendo que sólo la permanencia permite hablar de trato, la línea jurisprudencial mayoritaria entiende que también puede encontrar encaje en el tipo de injusto la conducta única y puntual, siempre que en se trate de acto brutal, cruel o humillante dotado de suficiente intensidad lesiva (SSTS 8 de mayo de 2002, 5 de junio de 2003). Con carácter general, encuentra cabida en la expresión trato degradante los comportamientos idóneos para producir en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar su resistencia física y moral (SSTS de 2 de abril de 2003, 14 de noviembre de 2003, 6 de abril de 2004). En definitiva: el trato degradante alude a todas aquellas situaciones que produzcan un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento, ante los demás o ante sí mismo (MUÑOZ SÁNCHEZ, 2004: 67).

En el acoso escolar (tal y como ha sido caracterizado en este trabajo) la violencia persistente, con el empleo combinado de medios físicos y psíquicos, constituye una dinámica de dominación que busca la denigración y exclusión de la víctima, dotando de contenido, por lo tanto, a un específico trato degradante.

Es preciso, en todo caso, que la conducta descrita legalmente (infligir a una persona un trato degradante) genere el resultado previsto en el tipo (menoscabo grave de su integridad moral). Es, por tanto, un delito de lesión (STS de 22 de febrero de 2005), en el que el resultado material, que debe ser objetivamente imputable a la acción (STS de 26 de septiembre de 2005), debe ser causado a través de los medios legalmente determinados. En otras palabras: infligir un trato degradante es la conducta típica y menoscabar gravemente la integridad moral es el resultado lesivo (DÍAZ-MAROTO, 1998: 1439).

El menoscabo a la integridad moral se produce cuando se rebaja a la persona a la condición de cosa, ubicándola en la categoría de medio, generando de este modo una vejación u humillación (DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1998: 83). La afectación de la integridad moral a través del trato degradante precisa su estimación como grave para alcanzar la significación antijurídica precisa para ser conceptuada como delito. La gravedad del menoscabo debe ser perfilado por los tribunales a la luz de las circunstancias del caso concreto, precisando un desvalor que exceda del predicable la falta de vejación injusta de carácter leve contenida en el artículo 620.2 CP.

En el tipo subjetivo se requiere el dolo que debe abarcar el conocimiento y voluntad de producir a través de la conducta desarrollada un sentimiento de humillación o envilecimiento. Se ha defendido la corrección técnica y la justificación político criminal de las imputaciones subjetivas a título de dolo eventual (DEL ROSAL BLASCO, 2005 : 220).

Las víctimas que padecen un acoso escolar (conceptuando como tal el comportamiento violento que contiene las notas descritas en este trabajo) son humilladas, vejadas y envilecidas por ser quienes son. Su individualidad es sofocada mediante un trato violento que priva de toda significación autónoma a su existencia, cercenando el potencial de libre desarrollo de su personalidad. Se produce, por lo tanto, un menoscabo de la integridad moral de las víctimas, al lesionar su derecho a ser tratadas como seres humanos. Esta lesión de la inviolabilidad personal cabe tildarla de grave, teniendo en cuenta el grado de afectación que produce en la dignidad de las víctimas: devaluación significativa de la autoestima e invisibilidad e indiferencia grupal que conducen al vaciamiento de la identidad subjetiva.

II.3.2.3. Concursos delictivos

El marco concursal de los delitos contra la integridad moral y los delitos contra bienes personales de la víctima viene definido en el artículo 177 CP. Reseña este precepto lo siguiente: "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 castigarán los hechos separadamente con la pena que les correspondiere por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley".

Frente a opiniones que entienden que el precepto trata de garantizar que exista una valoración autónoma de los injustos realizados por el sujeto activo, excluyendo, por tanto, las reglas del concurso aparente de normas disciplinadas en el artículo 8 CP (DEL ROSAL BLASCO, 2005: 235), un sector doctrinal significativo estima que la disposición del artículo 177 CP constituye una ley específica para determinados concursos delictivos (BARQUÍN, 2002: 424). Su aplicación queda circunscrita a los supuestos en los que el hecho cometido contenga el desvalor de dos delitos (el delito contra la integridad moral y otro de los delitos identificado en el artículo 177 CP).

En el plano jurisprudencial se mantiene que el precepto garantiza la autonomía y valoración independiente de la lesión de la integridad moral frente a los otros atentados a bienes penales, justificando el concurso delictivo cuando la conducta enjuiciada menoscaba el derecho a ser que asiste a toda persona y, además, lesiona de forma significativa otro bien jurídico personal (SSTS de 5 de junio de 2003, 2 de noviembre de 2004 y 22 de febrero y 30 de junio de 2005).

Por lo tanto, en las conductas de acoso escolar será preciso verificar si, además de un daño a la inviolabilidad de la persona, se produce la lesión de bienes jurídicos personales de la víctima, supuesto en el que, al convivir injustos penales de significación autónoma, se producirá un concurso de delitos.

II.4. La reacción jurídico-penal

II.4.1 *Planteamiento*

La exégesis judicial de los preceptos reguladores de las medidas aplicables a los menores que ejecutan hechos típicos abarcados por la figura del acoso escolar debe ser acorde con los objetivos sociales perseguidos con la decisión legislativa penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003: 94). De esta forma, el juez se desenvuelve dentro del marco fijado por los órganos dotados de legitimación representativa (GUARNIERI/PEDERZOLI, 1999: 69) y persigue resolver el acontecimiento problemático cuya composición se postula de manera que se satisfagan las finalidades pretendidas por la ley en la medida que las circunstancias lo permitan (ZAGREBELSKY, 2002: 147).

Se ha indicado que la Justicia de Menores, fiel reflejo de la dicotomía social, avanza con paso dubitativo porque no define si ha de ser sancionadora, rehabilitadora o protectora (URRA, 2005: 230). Considero que todas las notas referidas deben estar presentes en la actuación del sistema institucional de justicia ante los protagonistas de un acoso escolar. Entiendo que la intervención pública diseñada en la LORPM (con las modificaciones legales introducidas, incluidas las de próxima entrada en vigor) pretende alcanzar tres objetivos en materia de acoso escolar: la resocialización de los infractores, la protección de las víctimas y la adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho. Tales objetivos pretenden obtenerse mediante el cumplimiento de determinados requisitos materiales (principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad) y la satisfacción de específicas exigencias formales (principio acusatorio y de legalidad).

II.4.2. *Los objetivos*

La resocialización del infractor dota a la sanción de un contenido educativo fértil para asentar un proceso de inserción positiva en el entramado comunitario. Básico en tal tarea es que el agresor comprenda la significación del sufrimiento infligido a la víctima, tildándose de escasamente educativo un sistema reactivo que aliente la desresponsabilización (TAMARIT, 2002: 19). La obtención de este objetivo precisa que el que empleó la violencia como lenguaje se ponga en el lugar de la víctima, entienda lo destructiva que es la vía de hecho, intente reparar el daño y desarrolle alternativas constructivas para resolver los conflictos interpersonales de forma no violenta. La resocialización de los menores infractores, por lo tanto, no puede construirse orillando a las víctimas; su reinserción sólo es factible cuando se respeta el paradigma de responsabilidad victimológica, responsabilizando a los menores del daño que han causado a las víctimas (BERISTAIN, 1997: 734). La víctima constituye, de esta forma, un punto de referencia fundamental en el proceso de responsabilización del agresor (PÉREZ SANZBERRO, 2002: 483), en la medida que a través de la comprensión de la significación de la mirada de las víctimas (REYES MATE, 2003: 256) se justifica la reparación como un acto de justicia a las mismas (HÓFFE, 2000: 95) que trata de recrear la situación preexistente al delito (KEMELMAJER, 2005: 273).

La protección de las víctimas (SUBIJANA, 2006: 128) se asienta en el cumplimiento de tres exigencias: asistencia, atención y reparación. La asistencia precisa el diseño de un marco de contención del riesgo de nueva victimación, prohibiendo, si ello es necesario, interacciones que conlleven riesgos significativos de padecer conductas violentas. La atención exige una evaluación y un alivio, a través de las estrategias precisas, del impacto traumático que haya podido tener la experiencia violenta (ROJAS MARCOS, 2005: 4). La reparación patentiza el esfuerzo personal del agresor para reconocer y asumir la injusticia cometida, simboliza una aceptación pública de la vigencia de las normas (GIMÉNEZ-SALINAS, 1996: 201) y facilita una reconstrucción integradora de las relaciones destruidas por el acto ilícito. La interacción sinérgica de la asistencia, la atención y la reparación permite una integración del valor del cuidado en la aplicación de la ley, evitando, con ello, que el sistema de justicia se descontextualice de lo humano, ubicándose en la más pura abstracción (CAMPS, 2005: 157).

La adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho exige que el contenido de la reacción estatal transmita un mensaje explícito de reprobación del comportamiento violento, ratificando con ello la importancia de la tutela a la indemnidad personal de todos los menores que confluyen en el medio escolar. La sanción debe simbolizar (GARAPON, 1997: 214) la diferencia entre agresores y víctimas, superando distorsiones. Es preciso, también, que evite sensaciones justificadas de impunidad (GARRIDO, 2006: 160) que puedan ser la antesala de futuras victimaciones, al asentar en los menores acosadores la convicción de la utilidad de concebir las interacciones personales como espacios dúctiles al dominio.

II.4.3. *Las exigencias materiales y formales*

La consecución de los objetivos referidos (resocialización del menor infractor, protección de las víctimas y adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho) requiere una estrategia reactiva permeable al cumplimiento de determinadas exigencias materiales (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) y la satisfacción de precisos requisitos formales (acusación y legalidad).

La medida idónea es aquella que permite satisfacer los objetivos pretendidos: resocialización, protección y adecuación. La medida necesaria es aquella que posibilita la consecución de los objetivos perfilados con el menor nivel de afectación jurídica de los intereses vitales de los infractores. De esta forma, siempre que se alcancen los objetivos pergeñados, las medidas no privativas de libertad serán preferibles a las privativas de libertad y, dentro de estas últimas, serán preferentes las que conlleven un menor nivel de afectación de la libertad de movimientos y de interferencia familiar y comunitaria del infractor (el régimen abierto es preferible al régimen semi-abierto y éste al régimen cerrado). La medida proporcionada es la que, siendo idónea y necesaria, preserva el adecuado equilibrio entre la entidad e intensidad de los intereses del menor infractor sacrificados y la importancia que, en atención a la significación atribuible a la conducta antijurídica protagonizada, tiene la consecución de los objetivos pretendidos con la intervención pública articulada. La conjunción de las notas de idoneidad, nece-

sidad y proporcionalidad dota de contenido al principio de mínima intervención penal en su vertiente sancionadora (GONZÁLEZ CUSSAC-CUERDA ARNATU, 2002: 102), paradigma del que se hace eco el artículo 37 de la Convención de los Derecho del Niño de 1989.

La existencia de una medida idónea, necesaria y proporcionada para cumplir los objetivos pretendidos con la previsión e imposición de la respuesta penal al menor infractor no justifica, sin más, su aplicación por el Juez de Menores. Es preciso además que se satisfagan las exigencias introducidas por el principio acusatorio y el principio de legalidad.

El principio acusatorio estipula que el órgano jurisdiccional sentenciador no pueda imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular (artículo 8.1 LORPM). La individualización del contenido del principio acusatorio en el plano sancionador no presenta dificultades. Las pretensiones articuladas por las partes acusadoras dibujan el marco en el que necesariamente se tiene que desenvolver la prestación jurisdiccional del órgano enjuiciador. La imparcialidad judicial, que avala su neutralidad institucional, y la congruencia de las decisiones jurisdiccionales, que evita respuestas sorpresivas que conduzcan a la indefensión, justifica el imperativo de adecuación de lo resuelto a lo solicitado por quienes piden que se resuelva (SSTC 40/2004 y 123/2005).

El principio de legalidad exige que el juez o tribunal enjuiciador imponga la clase y duración de las medidas que la ley prevea para el tipo de infracción penal cometida por el menor, tomando como criterio rector los criterios introducidos en la propia ley a cuyo imperio están sometidos los jueces y magistrados (artículos 117.1 CE y 1 LOPJ). La lectura de las disposiciones contenidas en la LORPM (en concreto, artículos 7.3, 9 y disposición adicional cuarta⁴) permite describir el marco jurídico regulador en los

⁴ El PLORPM estipula una regla general y dos reglas especiales. La regla general es que, en el caso de delitos, la duración de las medidas no podrá exceder de dos años, las prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas y la permanencia de fin de semana no podrá exceder de ocho fines de semana.

La primera regla especial se refiere a delitos graves, delitos menos graves con empleo de violencia o intimidación en las personas o con creación de grave riesgo para la vida o integridad física de las personas o delitos que se comentan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. En este caso, si el menor tuviere 14 o 15 años, la medida podrá alcanzar tres años de duración, las prestaciones en beneficio de la comunidad un máximo de ciento cincuenta horas y la medida de permanencia de fine de semana, doce fines de semana. Si el menor tuviera 16 o 17 años, la duración máxima de la medida será de seis años, doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana. En este último supuesto, si el hecho reviste extrema gravedad, reputándose como tal en todo caso la reincidencia, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. En estos casos, sólo procederá el ejercicio de las facultades judiciales de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando haya transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

La segunda regla especial se aplica a los delitos de asesinato, homicidio doloso, agresión sexual con acceso carnal, terrorismo o cualquier otro delito que tenga señalada en el Código Penal o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años. Si el menor tuviera 14 o 15 años, el juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. Si el menor tuviera 16 o 17 años, el juez impondrá la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con

términos que a continuación se estipulan. Con carácter general, la selección de la medida y la fijación del plazo de duración de la misma se efectuará atendiendo a la valoración jurídica de los hechos así como, de forma especial, al interés del menor sancionado, tomando como referente su edad, personalidad y circunstancias familiares y sociales, tal y como se consignan en los informes del equipo técnico y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores (artículo 7.3 LOPRM). La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, de cien horas, si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad y ocho fines de semana, si se trata de permanencia de fin de semana (artículo 9.3ª LOPRM). Si el delito es cometido por un menor que cuente con la edad de dieciséis años en el momento de la ejecución del hecho y el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, el plazo de duración de la medida podrá ampliarse hasta un máximo de cinco años, siempre y cuando el equipo técnico lo aconseje en su informe, atendiendo, única y exclusivamente, al interés del menor sancionado (artículo 9.4ª LORPM). De forma específica, cuando el menor cometa los delitos descritos en el plano legal (homicidio doloso, asesinato, agresiones sexuales con acceso carnal, terrorismo y aquellos que tengan asignada en el Código Penal una pena igual o superior a los quince años de prisión) o cuando, contando con la edad de dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, ejecute un delito con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para su vida o integridad física, y los mismos son valorados jurisdiccionalmente de extrema gravedad (significación ineludible cuando se aprecie la reincidencia), el juez impondrá necesariamente la medida de internamiento en régimen cerrado dentro de los márgenes de duración fijados legalmente, siendo preciso el cumplimiento efectivo de una parte de la medida de internamiento para evaluar, en su caso, la procedencia de su modificación (artículo 9.5º y disposición adicional cuarta de la LORPM).

III. EL PROCESO DE MENORES: LA INTEGRACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

III.1. El juicio justo

El denominado proceso debido es, en su concepción originaria, la formulación específica en el orden penal de las garantías y derechos individuales del imputado (BUSTOS/HORMAZÁBAL, 2004: 29).

De forma paulatina, se alienta una reformulación del modelo jurídico de juicio que abarque los derechos de las víctimas (SAMPELRO, 2003: 69), se propugna un diseño del proceso penal que extienda las garantías a las víctimas (SOLE RIERA, 1997: 9-19)

asistencia facultativa de hasta cinco años. En estos casos, sólo procederá el ejercicio de las facultades judiciales de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. Además, en los delitos de terrorismo, se impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

y se defiende una praxis legal y jurisprudencial que favorezca espacios institucionales acogedores para las víctimas (BERISTAIN, 2001:21). La idea de equilibrio debe impregnar el proceso penal: la defensa de los derechos del inculpado y la protección efectiva del libre desarrollo de la personalidad de las víctimas, especialmente si son vulnerables, constituyen sus líneas maestras (HERNÁNDEZ/MIRANDA, 2005: 1). La noción de juicio justo precisa una comprensión integradora de los dos ordinales del artículo 24 CE, dotados de idéntica ponderación jurídica en el plano constitucional (STS de 15 de febrero de 2005), de tal forma que la preterición de cualquiera de las prestaciones y garantías contenidas en ellos genera un juicio injusto (DE URBANO, 2005: 9). La labor judicial debe estar presidida por la prudencia y la medida en la búsqueda de la armonía estructural entre la protección de las víctimas, de especial intensidad cuando son vulnerables, y el derecho de defensa (PANTOJA, 2005: 2).

La máxima expresión normativa del modelo de integración de los derechos de las víctimas en el diseño del juicio justo se contiene en la Decisión Marco, de 15 de marzo de 2001, del Consejo de la Unión Europea, relativa al estatuto jurídico de las víctimas en el proceso penal. La Decisión Marco obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a integrar sus estipulaciones en sus ordenamientos (a través de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas necesarias), antes del 22 de marzo de 2002, a excepción de las disposiciones referidas a las garantías de comunicación y asistencia específica a las víctimas (cuyo plazo de transposición expiró el día 22 de marzo de 2004), y la mediación penal (cuyo plazo de incorporación finalizó el día 22 de marzo de 2006). La Decisión Marco, por lo tanto, crea las condiciones precisas para implementar, en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea, un marco jurídico uniforme sobre el estatus de la víctima en el proceso penal (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004: 790).

La progresiva incorporación a los órdenes jurídicos estatales de las disposiciones de la Decisión Marco exige una reevaluación de la idea de juicio justo o proceso equitativo, al implementar una exigencia de reubicación de las víctimas permeable a los postulados de la justicia restaurativa (BERISTAIN, 2005: 277). Esta recomposición del proceso penal, de clara orientación victimológica, se atisba en las siguientes exigencias:

- preservar a las víctimas un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal, con específica mención a la necesidad de que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, con pleno reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos (artículo 2.1), dotando a las dependencias judiciales, comisarías de policía, servicios públicos y organizaciones de apoyo a las víctimas de las condiciones necesarias para tratar de prevenir la victimación secundaria o evitar que las víctimas se vean sometidas a tensiones innecesarias, y velando para que se de una acogida correcta a las víctimas en un primer momento (artículo 15).
- velar por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación (artículo 2.2);

- tomar las medidas necesarias para que las autoridades sólo interroguen a las víctimas en la medida necesaria para el proceso penal (artículo 3);
- garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas en el plano de la seguridad, intimidad e imagen (artículos 8.1 y 8.2);
- evitar el contacto entre víctima y procesado en las dependencias judiciales, salvo que el proceso penal lo requiera, disponiendo lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas (artículo 8.3).
- garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que las mismas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho (artículo 8.4).
- permitir a las víctimas el derecho a obtener en un plazo razonable una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción; esta resolución se obtendrá en el marco del proceso penal, salvo que la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía (artículo 9.1).

La implementación de las reglas contenidas en la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 obliga a perfilar la noción de juicio justo desde una óptica integradora que pretenda, con una perspectiva equilibrada, la obtención de dos objetivos básicos: la satisfacción de la función garantista –cuyo referente subjetivo es el acusado- y el cumplimiento de la función protectora –cuyo referente subjetivo es la víctima-. Ambas tareas deben ser abarcadas por papel institucional que en el proceso compete al juez (TOHARIA, 2005: 43). Por ello, resulta plausible la nueva redacción que al artículo 4 pretende conferir el PLORPM: el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

III.2. La protección de las víctimas

III.2.1. *A modo de introducción*

LORPM estipula que al menor a quien se imputa la comisión de una infracción penal le asisten los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, con mención específica a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España (artículo 1.3 LORPM). El cumplimiento de estas exigencias permite la satisfacción de la función garantista, evitando una injerencia injustificada del poder punitivo del Estado en la esfera jurídica del destinatario de la pretensión penal (FERRAJOLI, 2000: 859). No se agota aquí, sin embargo, el discurso normativo que la LORPM dedica a la caracterización del proceso. Existen disposicio-

nes específicas (entre otras, artículos 19, 25, 37.3, 61, 62 y 63) destinadas al cumplimiento de la función protectora, exigiendo que el proceso sea para las víctimas un espacio de acogida, participación, tutela y reparación.

En la presente reflexión vamos a limitar nuestro análisis a la tarea de tutela (extra-muros de nuestro estudio se encuentra el examen de las funciones de acogida, participación y reparación) respecto a la declaración de las víctimas y testigos del acoso escolar en el proceso penal de menores, tanto en la fase de instrucción como en la de audiencia.

III.2.2. *En la instrucción*

Como novedad, y en un intento de implementar el sistema acusatorio (TAMARIT, 2002: 43) y salvaguardar la imparcialidad judicial (GÓMEZ COLOMER, 2002: 169), dispone el artículo 16 LORPM que corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos constitutivos de infracción penal atribuibles a menores cuya edad exceda de catorce años y no alcance los dieciocho años. Esta actuación instructora tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa (artículo 23.1 LORPM).

La atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción de los procedimientos en los que se dilucida la responsabilidad penal de los menores de edad, no excluye, sin embargo, una eventual participación del Juzgado de Menores en esta fase del procedimiento, ceñida a su condición de juez de garantías (ORNOSA, 2001: 1999). El legislador disciplina de forma taxativa los supuestos en los que el Juez de Menores, como juez de garantías, debe intervenir en la fase instructora. Será precisa su intervención en tal papel jurisdiccional cuando deba:

- practicarse una diligencia restrictiva de derechos fundamentales (artículo 23.3 LORPM);
- acordarse el secreto del expediente (artículo 24 LORPM);
- adoptarse alguna medida cautelar para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima, cuando exista el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia o atentar contra los bienes jurídicos de la víctima (artículo 28 LORPM);
- ejecutarse una prueba anticipada (artículo 448 LECrim).

La intervención del Juez de Menores en todos estos supuestos se justifica en el papel institucional del juez como garante de los derechos fundamentales en el proceso (artículos 24.1 y 117.4, ambos de la CE). En los casos mencionados, se preservan los siguientes derechos:

- el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE), la intimidad (artículo 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) en la obtención de fuentes de prueba de la comisión de un ilícito penal (caso de la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales);

- el derecho de defensa (artículo 24.2 CE), supuesto de implementación del secreto del expediente;
- el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 CE), caso de adopción de medidas cautelares que conlleva una restricción de la libertad deambulatoria;
- el derecho a la prueba y la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), cuando se trata obtener un conocimiento que ofrece al juez enjuiciador para fundamentar un juicio de certeza sobre un hecho discutido.

El resto de actos de investigación pueden ser llevados a cabo por el Ministerio Fiscal. En los casos de acoso escolar, el Ministerio Fiscal puede adoptar, para las víctimas y testigos, las medidas de protección de testigos y peritos contenidas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (en adelante, LO 19/1994), asumiendo las funciones que, en el proceso penal de adultos, competen al Juez de Instrucción (artículo 1.2 y 2 LO 19/1994). Cuando se adoptan, en la fase de instrucción, medidas de protección de víctimas y testigos, acudiendo como marco normativo a las estipulaciones contenidas en la LO 19/1994, no se restringen derechos cuya tutela compete a un órgano jurisdiccional; se estipula un espacio institucional de protección de las víctimas y testigos que no menoscaba el estatuto jurídico del imputado, vertebrado en torno al derecho de defensa, dado que permanecen intangibles las facultades de interrogar y hacer interrogar a la víctima o testigo de cargo así como las de ofrecer las pruebas de descargo. Por ello, la mención que el artículo 2 LO 19/1994 realiza al juez de instrucción debe ser extendida al Ministerio Fiscal en aquellos procesos en los que legalmente tenga atribuida la función instructora.

Esta construcción jurídica es respetuosa con la naturaleza institucional del Ministerio Fiscal, órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (artículo 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), que ejerce sus funciones, conforme al artículo 124.2 CE, con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad, al que sólo le están vedado el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y la realización de las funciones que la ley atribuye a los jueces y magistrados en garantía de un derecho, espacios sujetos, por mandato constitucional, al principio de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3 y 4 CE y STC 206/2003). Sólo en aquellos casos en los que la declaración de la víctima o testigo del acoso escolar trasciende del campo propio de la instrucción (obtener información para fundamentar una acusación) para presentar notas jurídicas propias de la prueba anticipada (declaración de la víctima o testigo radicado en el extranjero o que padece una enfermedad que genera un riesgo de fallecimiento o incapacidad antes de la audiencia, tal y como se establece en el artículo 448 LECrim), la declaración deberá realizarse ante el Juez de Menores (GÓMEZ COLOMER, 2002: 175), compitiendo a la mentada autoridad judicial garantizar la vigencia del principio de contradicción y estipular el marco de protección de la víctima o testigo.

III.2.3. *En la audiencia*

Cuando proceda celebrar el juicio oral (audiencia en terminología legal), corresponderá al Juez de Menores pronunciarse motivadamente sobre la procedencia de mante-

ner, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de las víctimas y testigos del acoso escolar adoptadas en la fase de instrucción, acordando, si es necesario, la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en la víctima o testigo (artículo 4.1 LO 19/1994). Cuando, como medida protectora, se haya atribuido a la víctima o testigo del acoso escolar un número o cualquier otra clave para su identificación, estipula el artículo 4.3 LO 19/1994 que "(...) si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender de la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley".

El efecto jurídico previsto en la norma (desvelamiento del nombre y apellidos de la víctima o testigo protegido) precisa una petición de parte (acusación y defensa), producida en un momento procesal determinado (escrito de acusación o defensa provisional) y provista de una línea de argumentación suficiente (solicitud motivada). La suficiencia argumental del escrito instando el desvelamiento de la identidad personal de la víctima o testigo del acoso escolar se valora a la luz del criterio dispuesto en el párrafo último del artículo 4.3 LO 19/1994: poner de manifiesto alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio del testimonio a ofrecer por la víctima o testigo protegido. Es decir: poner en tela de juicio la razón de ciencia que fundamenta el testimonio. Lo que se intenta prohibir, en definitiva, es un testimonio evacuado en condiciones que impidan o limiten de forma significativa una contradicción efectiva (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 -caso Kostovski-, 27 de septiembre de 1990 -caso Windisch- y 15 de junio de 1992 -caso Ludi-, y STC 64/1994, de 28 de febrero). De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya anudado la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la emisión del testimonio de la víctima o testigo protegido a la existencia de un espacio judicial generador de indefensión, exigiendo, en línea con la concepción de la indefensión material plasmada en la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 146/2003 y 19/2004), que se precise en qué aspecto concreto la protección conferida al testigo o perito perjudica el derecho de defensa o se individualice en qué extremo específico se ha impedido una defensa idónea (STS de 8 de octubre de 2001), sin que baste una alegación genérica de indefensión (STS de 28 de enero de 2002). Es necesario, en definitiva, una privación o limitación del derecho de defensa; es decir, una afectación de la igualdad de armas, principio según el cual la acusación y la defensa deben contar con iguales facultades en el plano alegatorio y en debate probatorio. Es incuestionable que compete a los órganos judiciales velar porque en las distintas fases del proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, exigencia de garantía efectiva de la contradicción que se agudiza en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (por todas, STC 91/2000). En este sentido, constituye una manifestación significativa del derecho de

defensa la facultad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y de descargo (artículos 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), cuya enervación convierte la idea de juicio justo en un arquetipo huero de contenido (STC 93/2005).

A la luz de un marco legislativo que ha sido tildado de inespecífico (HERNÁNDEZ/MIRANDA, 2005: 4), el testimonio de los menores víctimas o testigos del acoso escolar en la audiencia debe estar presidido, para ser definido como prueba idónea para enervar el derecho a la presunción de inocencia del inculpado, por la presencia cumulativa de cuatro espacios o ámbitos: terapéutico, jurisdiccional, protección y de defensa.

El espacio terapéutico garantiza que la elección del momento adecuado para obtener la declaración del menor y el modo y manera de plasmar la misma en el proceso responda a las necesidades de tutela del equilibrio emocional del menor. Para ello, es preciso acompañar, en la medida de lo posible, los tiempos terapéuticos con los procesales, en aquellos casos en los que el menor esté siguiendo una estrategia facultativa para integrar en su biografía vital el suceso que se pretende reconstruya, y es necesario que sea un psicólogo forense experimental (FÁBREGA, 2005: 3) quien transmita el menor el contenido del interrogatorio pergeñado por las partes y declarado pertinente por el juez. A modo de ejemplo, el THDH (caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002) ha tenido ocasión de mentar que el artículo 6.3 d) CEDH⁵ no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otros medios.

El espacio jurisdiccional precisa de la existencia de una dirección judicial en la obtención y en la materialización de la información transmisible por el menor. En la fase de obtención del testimonio, el juez o tribunal debe convocar a las partes y al perito para fijar el objeto del interrogatorio, tomando como referente la proposición de hechos sustentada por cada una de las partes procesales. En la fase de práctica del testimonio, el juez o tribunal debe percibir sensorialmente el conocimiento transmitido por el menor, de forma directa, si el testimonio se vierte en el juicio oral⁶, o mediante la reproducción en el plenario de la grabación de la imagen y sonido de la declaración, si el testimonio se ofreció en una fase pretérita del proceso judicial.

El espacio de protección exige que la declaración del menor se realice en un contexto que tenga en cuenta su situación así como su desarrollo evolutivo, preservando, en todo caso, su privacidad y evitando todas aquellas situaciones que pueda perjudicar su desarrollo personal. Será preciso cuidar al máximo el espacio físico en el que tiene lugar la declaración, la ubicación de cada uno de los intervinientes en el mentado

⁵ Este precepto reconoce como derecho de todo a acusado el interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

⁶ Esta percepción puede obtenerse acudiendo a la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido, en los términos establecidos en el artículo 229.3 LOPJ, y en los artículos 306, 325 y 731 bis LECrim.

espacio así como los términos en que tiene lugar la transmisión de información dentro del proceso de comunicación (GIMENO JUBERO, 2000: 174).

El espacio de defensa permite que el menor acusado tenga un momento procesal idóneo para interrogar al menor víctima o testigo. El TEDH (por todas, caso Lüdi contra Suiz, de 15 de junio de 1992, Van Mechelen y otros contra Países Bajos de 23 de abril de 1997, A.M contra Italia, de 14 de diciembre de 1999 y P.S contra Alemania, de 20 de diciembre de 2001), al interpretar el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él (artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas), ha explicitado que lo decisivo es constatar si el acusado ha tenido en el proceso una ocasión adecuada y suficiente de confrontación con el testigo de cargo en el momento de emitir su declaración o un momento posterior. Se pretende, por lo tanto, que el acusado tenga una ocasión adecuada y suficiente para impugnar el testimonio de cargo y de interrogar a su autor en el momento de la declaración o más tarde, de forma que ningún pronunciamiento factual pueda hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido (SSTC 143/2001 y 13/2006), en el momento de su emisión o en una fase procesal ulterior (SSTC 155/2002, 206/2003 y 1/2006). La contradicción conlleva garantizar la posibilidad real de cuestionar las afirmaciones probatorias de otra persona mediante la interlocución directa por la defensa en el momento en el que la víctima o el testigo es interrogado (STS de 17 de noviembre de 2005).

La ocasión adecuada y suficiente de intervenir en el interrogatorio del menor víctima o testigo exige garantizar la intervención del menor acusado y su defensa técnica en la elaboración del objeto del interrogatorio. También precisa la presencia de ambos en la práctica de la prueba en el juicio oral, ora mediante el interrogatorio del menor en un contexto de máxima protección de su bienestar físico y psíquico, ora a través de la reproducción, con su asistencia, de la grabación de la imagen y sonido de la declaración obtenida en una fase procesal previa. Este último caso es preciso que el testimonio haya sido prestado ante una autoridad judicial (Juez de Menores) en cualquiera de las fases del procedimiento, (la tildada pericialmente como idónea para minimizar el impacto psíquico en el menor), y garantizando la potencial intervención de las partes.

La identificación del juicio justo con la concurrencia de los mentados cuatro espacios permite identificar el proceso penal equitativo en materia de acoso escolar con un marco institucional de equilibrio entre las necesidades de protección de las víctimas menores de edad y las exigencias de respeto a las garantías del menor acusado.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. El acoso escolar es un tipo de victimación violenta, de contenido heterogéneo y presencia estable, en el que se integran: unas víctimas vulnerables por factores individuales y/o colectivos; unos agresores cuya conducta está regida por la idea de dominio y poder; una interacción de víctimas y victimarios regida por la asimetría de fuerzas entre quien agrede y quien es agredido y presidida por la conciencia recíproca de quien

es el vulnerable y quién el dominante; un elenco de espectadores que hacen del silencio su aportación específica y un contexto definido por la función educativa asignada al espacio en el que se produce la violencia.

II. La política pública en materia de acoso escolar no puede descansar en una estrategia punitiva. La vigencia del principio de *última ratio*, de inexcusable exigencia en un Estado Social y Democrático de Derecho, ubica el discurso penal en la línea de cierre del sistema diseñado por el Estado para evitar las conductas violentas en el contexto educativo.

III. El acoso escolar está integrado por una pluralidad de hechos que encuentran acomodo en los tipos penales que protegen los intereses personalísimos de las personas. El delito contra la integridad moral es la infracción penal que, de forma más cumplida, contiene las notas que definen las conductas incardinables en la figura del acoso.

IV. La intervención penal diseñada en la LORPM pretende alcanzar tres objetivos en el tratamiento del acoso escolar: la resocialización de los infractores, la protección de las víctimas y la adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho. La satisfacción de estos objetivos debe obtenerse respetando los requisitos materiales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la respuesta y cumpliendo las exigencias formales impuestas por los principios de rogación acusatoria y legalidad.

V. El proceso penal de menores debe cumplir las exigencias del juicio justo, mediante la satisfacción de la función garantista –que preserva la esfera jurídica del menor acusado de una injerencia injustificada del poder punitivo del Estado- y la función protectora –que garantiza para las víctimas un espacio de acogida, asistencia y atención-.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Peter-Alexis (1999); “El derecho penal en la intervención de la política populista”, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 471-487.
- ALTAVA, Manuel Guillermo; (2002), “El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 347-379.
- BARQUÍN, Jesús; (2002), *Comentarios al Código Penal*, Tomo VI, obra dirigida por D. Manuel Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 267-430.
- BAUMAN, Zygmunt; (2004), *La sociedad sitiada*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires.
- BERISTAIN, Antonio; (1997), “Jóvenes, víctimas, cárceles y valores humanos en los medios de comunicación”, *Actualidad Penal*, 719-741.
- BERISTAIN, Antonio; (2001), “Nuevo proceso penal desde las víctimas”, *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Universidad, Buenos Aires, 17-33.

- BERISTAIN, Antonio; (2005), "Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz", *Estudios de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 261-286.
- BERNUZ, María José; (2005), "Justicia de menores española y nuevas tendencias penales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, nº 12, 1-23.
- BLAYA, Catherine; (2006), "El acoso escolar: factores de riesgo escolares", *Acoso y Violencia en la escuela*, Angela Serrano (ed), 165-186.
- BUSTOS, Juan/ HORMAZÁBAL, Hernán; (2004), *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid.
- CAMPS, Victoria; (2005), *La voluntad de vivir*, 2ª ed, Ariel, Barcelona.
- CID, José/LARRAURI, Elena; (2005), *Penas alternativas y delincuencia violenta*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; (1996), "El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal", *La Ley*, 4.197.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; (1997), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Trivium, Madrid.
- CROUCH, Colin; (2004), *Posdemocracia*, Taurus, Madrid.
- CRUZ, Manuel; (2005), *Las malas pasadas del pasado*, Anagrama, Barcelona.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz; (2005), "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 1-34.
- CUESTA MERINO, José Luis; (2002), "La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores", *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 311-346.
- CUERDA ARNAU, María Luisa; (2006), "Acoso escolar y Derecho Penal de Menores", *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Colecció Estudis jurídics, 9, Universitat Jaume I.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; (1998), "Torturas y otros delitos contra la integridad moral", *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI.
- DE URBANO, Eduardo; (2005), "La tutela judicial efectiva de los perjudicados", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 667, 6-9.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; (2005), *Derecho Penal español, Parte Especial*, obra coordinada por Manuel Cobo del Rosal, 2ª edición revisada, Dykinson, Madrid, 215-237.
- DÍAZ-AGUADO, María José; (2001), *¿Salir de la violencia? ¿Cómo?*, <http://:mariajosediaz-aguado.tk>.
- DÍAZ-AGUADO, María José; (2005), *Aprendizaje cooperativo y currículo de la no-violencia*, <http://:mariajosediaz-aguado.tk>.
- DÍAZ-AGUADO, María José; (2005), *Convivencia escolar*, <http://:mariajosediaz-aguado.tk>.

- DÍAZ-AGUADO, María José; (2005), *Por qué se produce la violencia escolar y cómo prevenirla*, [http://: mariajosediez-aguado.tk](http://mariajosediez-aguado.tk).
- DÍAZ-MAROTO, Julio; (1998), "Los delitos contra la integridad moral", *La Ley*, 4579.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid.
- ECHEBURÚA, Enrique; (2004), *Superar un trauma*, Pirámide, Madrid.
- FÁBREGA, Cristóbal Francisco; (2005), "Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales", *La Ley*, 6289, 1-13.
- FARRINGTON, David/BALDRY, Ana; (2006), "El acoso escolar: factores de riesgo individuales", *Acoso y Violencia en la escuela*, Ariel, Barcelona, 107-133.
- FERRAJOLI, Luigi; (2000), *Derecho y Razón (teoría del galantismo penal)*, 4ª edición, Trotta, Madrid.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; (2005), Instrucción 10/2005 sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia Juvenil.
- GARAPON, Antoine; (1997), *Juez y democracia*, Flor del Viento Ediciones, Madrid.
- GARCÍA SELLAS, Fernando J./ROMERO BACHILLER, Carmen; (2006), "Violencia y representación: Introducción", *El doble filo de la navaja: violencia y representación*, Trotta, Madrid, 11-26.
- GARRIDO GENOVÉS; (2000), *El psicópata. Un camaleón en la sociedad actual*, Círculo de Lectores, Barcelona.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente; (2006), *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*, 3ª ed., Ariel, Barcelona.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto; (2004), *Calamidades*, Gedisa, Barcelona.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther; (1996), "La mediación en el sistema de Justicia Juvenil: una visión desde el Derecho Comparado", *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 10, 193-212.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther; (2000), "La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000", *Estudios de Derecho Judicial*, 18, 101-137.
- GIMENO JUBERO, Miguel Angel; (2000), "El testimonio de niños", *Manual de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, 12, 143-177.
- GIMENO SENDRA, Vicente; (2004), *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; (2002), "Tuición procesal penal de menores y jóvenes", *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 155-193.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; (1996), "Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)", *Estudios de Derecho Judicial*, 2,
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ CUERDA ARNAU, Mª Luisa; (2002), "Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas", *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 79-130.
- GUARNIERI, Carlo/PEDERZOLI, Patrizia; (1999), *Los jueces y la política*, Taurus,

Madrid.

- HARRIS, Sandra/PETRIE, Garth F; (2006), *El acoso en la escuela*, Paidós, Barcelona.
- HERNÁNDEZ, Javier/MIRANDA, Manuel; (2005), "¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral?", *La Ley*, 6335, 1-5.
- HERRERO, César; (2005), *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Dykinson, Madrid.
- HERRERO, Myriam; (2001), "La conciliación menor-víctima en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero", *Anuario de Justicia de Menores*, 1.
- HIGUERA, Juan-Felipe; (2003), *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona.
- HOFFE, Otfried; (2000), *Derecho Intercultural*, Gedisa, Barcelona.
- KEANE, John; (2000), *Reflexiones sobre la violencia*, Alianza Ensayo, Madrid.
- KEMELMAJER, Aida; (2005), "En búsqueda de la tercera vía. La llamada "justicia restaurativa", "reparativa" o "restitutiva", *Derecho Penal I* obra coordinada por Sergio García Ramírez, México, 271-324.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; (2004), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- MARINA, José Antonio; (2006), *Aprender a convivir*, Ariel, Barcelona.
- MIR PUIG, Santiago; (2004), *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed, Reppertor, Barcelona.
- MIR PUIG, Santiago; (2005), "Límites del normativismo en Derecho Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, nº 18, 1-24.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; (1996), "Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal", *Estudios de Derecho Judicial*, 2, Madrid, 435-456.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; (2004), *Derecho Penal. Parte General*, 14ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ SÁNCHEZ; (2004), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II*, coordinados por D. José Luis DÍEZ RIPOLLÉS y D. Carlos M. ROMEO CASABONA, Tirant lo Blanch, Valencia, 35-208.
- OLWEUS, Dan; (2006), "El acoso escolar: una revisión general", *Acoso y Violencia en la escuela*, Angela Serrano (ed.), Ariel, Barcelona, 79-106.
- ORNOSA, María Rosario; (2001), "El juez de menores en la fase de instrucción del procedimiento penal de menores. Relaciones Fiscalía-Juzgado", *Cuadernos de Derecho Judicial*, III, 187-222.
- ORTEGA, Rosario; (2006), "El acoso escolar: programas dirigidos a los alumnos", *Acoso y Violencia en la escuela*, Angela Serrano (ed), Ariel, Barcelona, 243-264.
- PANTOJA, Félix; (2005), "Los menores en el juicio oral penal", *Derecho y Jueces*, 26, 1-2.
- PÉREZ SANZBERRO; (2002), "Responsabilidad, víctimas y sanción penal", *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 471-

493.

- PETTIT, Philip; (1999), *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona.
- PORTILLA, G; (1996), *Curso de Derecho penal Español. Parte especial, I*, Marcial Pons, Madrid.
- QUERALT, Joan J; (2006), “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, 6420, 1-9.
- RAMONEDA, Josep; (1999), *Después de la pasión política*, Taurus, Madrid.
- REYES MATE; (2003), *Memoria de Auschwitz*, Trotta, Madrid.
- ROJAS MARCOS, Luis; (1996), *Las semillas de la violencia*, 10ª edición, Espasa, Madrid.
- ROJAS MARCOS, Luis; (2000), *Nuestra felicidad*, Espasa, Madrid.
- ROJAS MARCOS, Luis; (2005), *Bullying: acoso violento escolar*.
- ROXIN, Claus; (1998), “¿Tiene futuro el Derecho Penal?”, *Revista del Poder Judicial*, 49, 373-392.
- SAMPEDRO, Julio Andrés; (2003), *La humanización del proceso penal. Una propuesta desde la victimología*, Legis, Caracas.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel; (1998), “Minoría de edad y Derecho Penal Juvenil. Aspectos político criminales”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 12, 65-74.
- SANMARTÍN, José; (2006), “La violencia escolar: concepto y tipos”, *Acoso y Violencia en la escuela*, Angela Serrano (ed), Ariel, Barcelona, 21-31.
- SAVATER, Fernando; (1997), *El valor de educar*, Ariel, Barcelona.
- SAVATER, Fernando; (1999), *Las preguntas de la vida*, Ariel, 2ª edición, Barcelona.
- SEGOVIA, José Luis; (2005), “La desigualdad social y la marginación como factor de comportamientos agresivos. Intervención desde el tejido social solidario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, 257-312.
- SERRANO, Angela; (2006), “Detección de la violencia escolar”, *Acoso y Violencia en la escuela*, Angela Serrano (ed), Ariel, Barcelona, 59-76.
- SOLE RIERA, Jaime; (1997), *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.
- RODRÍGUEZ, Pedro; (2006), *Acoso escolar. Desde el mal llamado “bullying” hasta el acoso al profesorado*, Atelier, Madrid.
- SUBIJANA, Ignacio José; (2006), *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal*, Comares, Granada.
- SUBIRATS, Joan; (2005), “Políticas de final de cañería”, *El País*, 31 de diciembre.
- URRA, Javier; (1997), *Violencia. Memoria amarga*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid.
- URRA, Javier; (2005), “Adolescentes en conflicto. Abordaje educativo y sancionador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 221-256.

- URRA, Javier; (2006), *El pequeño dictador*, La Esfera de los Libros, 7ª edición, Madrid.
- TAMARIT, Joseph M^a; (2002), “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 13-46.
- TAMARIT, Joseph M^a; (2002), “La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, 47-78.
- TINOCO, Angel; (2005), “Consideraciones sobre la tutela de la víctima en la justicia de menores”, *Cuadernos de Política Criminal*, 85, 183-213.
- TODOROV; (1995), *La vida en común*, Taurus, Madrid.
- TOHARIA, José Juan/GARCÍA, Juan José; (2005), *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid.
- VAQUER, Antoni; (2002), “La responsabilidad civil”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 131-152.
- WACQUANT, Loïc; (2000), *Las cárceles de la miseria*, Alianza Editorial, Madrid.
- WIEVIORKA, Michel; (2006), “Ante la violencia”, *El doble filo de la navaja: violencia y representación*, Trotta, Madrid, 29-44.
- ZAGREBELSKY; (2002), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; (2005), *En torno de la cuestión penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires.