

Respuesta jurídico-penal ante nuevos escenarios de acoso escolar, en particular, los contenidos en la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género en la Comunitat Valenciana

DR. JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ

Prof. Titular Acred. Universidad Cardenal Herrera CEU.

Resumen

A pesar de los esfuerzos realizados hasta ahora, el acoso escolar sigue siendo un problema social relevante. En general, la mayoría de los casos podrán ser solucionados en el mismo centro escolar, a través del equipo directivo, gracias al plan de convivencia y/o por aplicación del reglamento de régimen interno. Pero en algunas ocasiones, las más graves, será necesaria una intervención judicial. En ese escenario, el Código penal español contiene diversos delitos con los que poder sancionar a los responsables de esa conducta. Tomando como referencia la Ley 8/2017 de reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género de la Comunidad Valenciana, en este trabajo se analizan cuatro supuestos concretos: el acoso escolar, el acoso como expresión de violencia de género y el acoso por motivos de orientación sexual. También se hace referencia al nuevo delito de acecho u hostigamiento, como forma agravada de acoso. Por último, se comenta el protocolo de actuación que han de seguir los centros escolares ante un posible acoso por homofobia o transfobia, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

Palabras clave: acoso escolar, ciberacoso, LGBTIQ+, odio, acecho.

Resum

A pesar dels esforços realitzats fins ara, l'assetjament escolar continua sent un problema social rellevant. En general, la majoria dels casos podran ser solucionats en el mateix centre escolar, a través de l'equip directiu, gràcies al pla de convivència i/o per aplicació del reglament de règim intern. Però en algunes ocasions, les més greus, serà necessària una intervenció judicial. En aquest escenari, el Codi penal espanyol conté diversos delictes amb què poder sancionar els responsables d'aquesta conducta. Prenent com a referència la Llei 8/2017, de reconeixement del dret a la identitat i a l'expressió de gènere de la Comunitat Valenciana, en aquest treball s'analitzen quatre supòsits concrets: l'assetjament escolar, l'assetjament com a expressió de violència de gènere i l'assetjament per motius d'orientació sexual. També es fa referència al nou delicte d'aguait o fustigació, com a forma agreujada d'assetjament. Finalment, es comenta el protocol d'actuació que han de seguir els centres escolars davant d'un possible assetjament per homofòbia o transfòbia, en l'àmbit de la Comunitat Valenciana.

Paraules clau: assetjament escolar, ciberassetjament, LGBTIQ+, odi, aguait.

Abstract

In spite of the efforts realized till now, the school harassment continues being a social relevant problem. In general, the majority of the cases will be able to be solved in the same school center, across the management team, thanks to the plan of conviviality and / or for application of the Rules of Procedure. But in some occasions, the most serious, a judicial intervention will be necessary. In this stage, the penal Spanish Code contains diverse offences with which to be able to sanction the persons in charge of this behaviour. Taking as a reference the Law 8/2017 of recognition of the right to the identity and to gender identity and expression of the Valencian Community, in this work four concrete suppositions are analyzed: the bullying, the harassment like expression of violence of gender and the harassment for sexual orientation. Also one refers to the new crime of stalking, as form aggravated of harassment. Finally, is commented the protocol that the school centers have to follow before a possible harassment for homophobia or transfobia, in the area of the Valencian Community.

Key Words: Bullying, Cyberbullying, LGBTIQ+, Hate Speech, Stalking.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La respuesta penal ante nuevos escenarios de acoso escolar.
 1. Acoso escolar.
 2. Acoso en un contexto de violencia de género.
 3. El hostigamiento como forma de acoso agravado.
 4. Acoso en un contexto de discriminación por la orientación sexual.
- III. Breve referencia al Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad.
- IV. Bibliografía y fuentes consultadas.

I. Introducción

El acoso escolar ha sido y es una de las grandes preocupaciones en los últimos años. Durante ese tiempo son muchas las iniciativas parlamentarias que se han presentado y defendido en la Comunidad Valenciana para dar una respuesta adecuada a este problema que, bien podría catalogarse de estructural, por estar presente en cualquiera de los niveles del sistema educativo no universitario, con independencia de la titularidad del centro en cuestión (público, privado o concertado).

Como consecuencia de esa actividad legislativa, contamos con diversas normas que persiguen, todas ellas, mejorar la convivencia en el centro escolar y erradicar cualquier tipo de conducta agresiva, exclusiva o discriminatoria, sin importar la modalidad concreta en la que pueda exteriorizarse.

Además, nuestros representantes sociales y políticos siguen insistiendo para mejorar esa normativa de modo que incorpore aquellos supuestos que o bien inicialmente no estaban contemplados o que, por diversos motivos, merecían una mayor individualización y/o reseña específica. Un buen ejemplo de ello sería el acoso sufrido por homofobia o transfobia, como luego veremos.

Lo dicho hasta ahora resulta lógico, ya que los datos disponibles siguen mostrando la relevancia y la gravedad de este comportamiento en las aulas. Así, la Fundación ANAR, en su I Informe sobre bullying (ANAR, 2016) denuncia cómo se ha incrementado el número de casos atendidos desde 2009 hasta 2015, pasando de 154 a 574. Registrándose, además, una subida del 75% en el año 2015 respecto del año anterior.

Por su parte, la Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana (GVA, 2017) también ofrece datos relevantes sobre este particular. Antes de exponerlos, téngase en cuenta que hay diversos niveles de intervención y reacción de la propia comunidad educativa, según sea la gravedad de los hechos. De tal forma que algunos supuestos se resuelven conforme las previsiones del plan de convivencia de cada centro, otros pueden provocar la propia

intervención de las Unidades de Actuación e Intervención (UAI) de cada provincia y, finalmente, los más graves pueden comunicarse a las autoridades policiales y/o judiciales pertinentes.

Así, durante el curso 2015/2016, se parte de un total de 3414 incidencias registradas, correspondiendo un 9,71% al acoso escolar (331 casos, de ellos, 266 se catalogan como ciberacoso) y un 3,10% a violencia de género (105 casos, aunque la Memoria insiste en que no todos los implicados suelen pertenecer al centro escolar, por regla general).

A su vez, de esa cantidad, las incidencias que fueron atendidas por las Unidades de Actuación e Intervención durante ese mismo curso fueron las siguientes: la UAI de Valencia recibió 1650 incidentes y actuó en 524 de ellos. De ellas, el 11,50% de dichas intervenciones (60 casos) estaban relacionadas con acoso escolar y el 3,90%, con violencia de género (20 casos). En cuanto a la UAI de Alicante, registró un total de 1270 incidentes, interviniendo en 491 de ellos. Dentro de estos, el 36% corresponden a presunto acoso escolar (176 casos) y un 3% a violencia de género (15 casos). Esta Unidad ha comunicado a Fiscalía 73 casos, habiendo generado diligencias en 33 de ellos, aunque no se especifica el motivo concreto o el detalle de esos hechos. Por lo demás, la Memoria no desglosa estos datos respecto de la UAI de Castellón.

En cuanto a la evaluación de los planes de convivencia de los centros escolares, durante ese mismo curso 2015-2016, la Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana nombra nuevas tipologías de acoso. Así, se dice que hubo 189 casos por motivos raciales o xenofobia; 89 por motivos de homofobia o transfobia, y 515 por acoso escolar por motivos distinto a los anteriores. También indica que registraron 98 casos de violencia de género y 779 por uso inadecuado de móviles y redes sociales. Es de destacar que la inmensa mayoría de estas incidencias fueron resueltas con relativa facilidad, en palabras de la propia Memoria (con porcentajes de éxito superiores al 84%), frente a otros problemas también habituales en algunos centros, como es el absentismo (cuyo porcentaje de resolución alcanza el 43,28%).

En similares términos, el Plan Estratégico sobre Convivencia Escolar 2016-2020 (MEC, 2016) apoyándose en el estudio *Hidden in plain sight*, realizado por UNICEF, confirma la incidencia global del *bullying*. Según este documento, de los 106 países analizados, España ocupa una posición intermedia, pero los datos que muestra ratifican que es una problemática que no cesa. En este estudio también se nombra a los «espectadores»: citando a Serrano e Iborra el informe señala que casi un 49% del alumnado de 12 a 16 años había presenciado algún tipo de acoso emocional. En este mismo sentido, el Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar apuntaba que un 14% del alumnado de esta franja de edad no intervenía ante cualquier tipo de agresión.

Volviendo a la investigación internacional, ese trabajo afirma que existen algunos grupos más vulnerables a este tipo de situaciones, como son estudiantes Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Intersexuales, Queen u otros (en adelante LGBTIQ+), inmigrantes, minorías étnicas y personas con discapacidad, además de las mujeres.

Y así lo confirma, según ese mismo Plan Estratégico, la Encuesta EU-MIDIS realizada por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De ella se desprende cómo las personas pertenecientes a minorías étnicas, culturales o religiosas se enfrentan a situaciones de discriminación en diferentes ámbitos, siendo el escolar uno de ellos. En concreto, los datos muestran que, por ejemplo, el 10% del colectivo gitano declaraba haber sufrido algún tipo de discriminación por parte del personal de las escuelas, o de los centros durante el último año, seguidos por el 8% de personas norteafricanas y el 6% de las subsaharianas.

La propia Agencia europea también subraya la incidencia de la violencia entre personas con algún tipo de discapacidad, como uno de los más relevantes, a tener en cuenta. A pesar de que no hay cifras oficiales, prosigue el Plan Estratégico, recientemente se ha publicado un informe en el cual se denuncia la situación de vulnerabilidad de estos niños y niñas, que puede llevar a situaciones de aislamiento social, estigmatización o dependencia de los apoyos o de los servicios especializados. De hecho, UNICEF, a partir de un meta-estudio, apunta

que la incidencia de la violencia hacia niños y niñas con algún tipo de discapacidad puede ir del 26,7% de acciones violentas combinadas, hasta el 20,4% que sufre violencia física o el 13,7% que declaran haber sido víctimas de violencia sexual. Y por ello, concluye que estos chicos y chicas tienen casi cuatro veces más probabilidad de ser víctimas que sus compañeros y compañeras.

Retomando ahora el colectivo LGBTIQ+, cabe igualmente afirmar que se trata de un grupo cuyos derechos son vulnerados habitualmente en el ámbito escolar. Siguiendo con el Plan Estratégico, se indica que diversos registros oficiales sostienen que cuatro de cada diez casos se producen por la orientación sexual de la víctima.

En este mismo sentido, la encuesta realizada por *Save the Children* en 2015 nos indica cómo un 9,3% de los estudiantes encuestados considera que ha sufrido acoso tradicional en los dos últimos meses y un 6,9% se considera víctima de ciberacoso. El 3,2% de las víctimas de acoso y el 4,2% de las que han padecido ciberacoso consideran que lo han padecido debido a su orientación sexual. Un 5,1% y un 5% declaran que el motivo fue su color de piel, cultura o religión.

A su vez, citando el informe *EU LGTB Survey* de 2013, la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales afirma que más de 8 de cada 10 participantes en una encuesta especializada han sido testigos de algún tipo de comentario o conducta negativa hacia algún integrante del colectivo LGBTIQ+ durante su escolarización, llevando a la gran mayoría a adoptar estrategias de ocultación que deterioran significativamente la autoestima y el desarrollo de la identidad de las víctimas. Dentro de este colectivo, las personas transexuales y, en concreto, las mujeres, son consideradas especialmente vulnerables. Y reiteran esta afirmación según otro informe sobre este colectivo (Agius, 2012), según el cual, el 79% de las personas encuestadas han experimentado algún tipo de acoso público que incluye comentarios transfóbicos, abusos físicos o sexuales. Las cifras en las mujeres son mucho más elevadas que en el caso de los hombres. Todo ello, es información contenida en el citado Plan Estratégico.

Por otra parte, los evidentes avances tecnológicos corroboran que la convivencia escolar ya no se puede entender como un proceso suscrito exclusivamente dentro de los muros de los centros educativos, siendo el ciberespacio una dimensión clave en la configuración de la misma. La atención y cuidado del uso de las tecnologías de la información y la comunicación resulta fundamental para ayudar a las niñas y niños a desenvolverse adecuadamente en esta sociedad de la información. En este sentido, la investigación que sustenta el Plan Estatal sobre Convivencia Escolar 2016-2020 ha ratificado que, cuando se producen situaciones de acoso escolar, estas van más allá del centro educativo y se reproducen y se expanden a través de la red. De hecho, uno de los estudios más recientes sobre la temática, el desarrollado por Microsoft – *Online Bullying Survey* – señala que el ciberacoso afecta a cerca de uno de cada cuatro jóvenes de 8 a 17 años, considerando la muestra de 25 países de todo el mundo.

Por lo demás, la actualidad y vigencia del problema analizado sigue ocupando titulares en diversos medios de comunicación. Sirva de ejemplo el amplio tratamiento periodístico dado a los datos ofrecidos en el Seminario Jurídico, Policial y Social sobre la figura del menor que organizaron diversas entidades en Valencia. Así, en los primeros nueve meses de ese año, se recibieron 98 denuncias por acoso escolar, 240 por ciberacoso y 85 por violencia de género. Frente a las 87, 254 y 62 del año anterior (Periódico Levante, 10/03/2018, entre otros).

En definitiva, son evidencias que reiteran la necesidad de intervenir, desde todos los niveles y agentes sociales, para lograr la erradicación o disminución de cualquier tipo de acoso o comportamiento violento, discriminatorio y/o excluyente de las aulas.

En esta línea cabe destacar la actividad parlamentaria desarrollada en la Comunidad Valenciana,¹ en particular el Protocolo de

1 Entre otras, Preguntas nº 1049 a 1051, sobre el acoso escolar en los centros educativos, formuladas por la diputada Mercedes Ventura del GP Ciudadanos (BOC nº 19, de 7 de octubre de 2015) Pregunta nº 315, sobre medidas para combatir el acoso escolar, formulada por la diputada Marian Campello del GP Compromis (BOC nº 52 y nº 33, de fecha 5 y 17 de febrero de 2016); Preguntas nº 7323 y nº 7324 sobre el acoso escolar homofóbico y sobre el protocolo

acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (DOGV de 27 de diciembre de 2016) y la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género.

Por todo ello, en adelante se desarrollan dos tareas concretas. En primer lugar, identificar y agrupar las diversas conductas que se consideran 'acoso escolar' en los distintas intervenciones parlamentarias, documentos y normativa consultadas. Para posteriormente diferenciarlas respecto a su tratamiento jurídico penal. Esto es, para determinar qué delito podría aplicarse en caso de que tal comportamiento revistiera la suficiente gravedad, por más que –en una primera fase– todas ellas pudieran entenderse como acoso.

En segundo lugar, se analiza el citado protocolo de acompañamiento, destacando las cuestiones jurídicas que se consideran de mayor interés para los responsables de la comunidad educativa, por ser ellos quienes están obligados a aplicarlo.

II. La respuesta penal ante nuevos escenarios de acoso escolar

Como es sabido, el Derecho penal se rige por el principio de mínima intervención, de modo que solo se recurre a esta rama del ordenamiento jurídico ante los supuestos más graves y, dentro de estos, solo cuando no exista otra solución jurídica menos contundente capaz

de intersexualidad, respectivamente, formuladas por la diputada Covadonga Peremarch, diputada no adscrita (BOC nº 78, de 18 de mayo de 2016); Preguntas nº 1494 a 1497, sobre el ciberacoso a menores, formulada por los diputados Antonio Subiela y Alexis Frederic Marí, del GP Ciudadanos (BOC nº 33, de 17 de febrero de 2016); Preguntas nº 24077 y 24078, sobre el Programa de intervención de educación sexual y sobre la elaboración de un plan de convivencia, respectivamente, formuladas por la diputada Covadonga Peremarch, diputada no adscrita (BOC nº176, de 10 de mayo de 2017); Preguntas nº 24210, a 24215, sobre acciones para erradicar el acoso escolar, formuladas por la diputada Mercedes Ventura del GP Ciudadanos (BOC nº176, de 10 de mayo de 2017); Preguntas nº 24079 a 24082 sobre el responsable de convivencia en los centros, formuladas por la diputada Covadonga Peremarch, diputada no adscrita (BOC nº 176, de 10 de mayo de 2017); Preguntas nº 35855 a 35859, 35862 y 35863, sobre el acoso escolar a alumnos LGTBI, formuladas por el diputado Emilio Argüeso del GP Ciudadanos (BOC nº 224, de 8 de noviembre de 2017).

de resolverlos. En consecuencia, la mayoría de comportamientos de acoso que puedan tener lugar en un centro educativo no serán objeto de enjuiciamiento penal, siendo resueltos a través de las medidas administrativas vigentes y, en particular, gracias al plan de convivencia del centro, al reglamento de régimen interno y a la intervención del equipo directivo, del responsable de convivencia escolar, el conjunto de docentes y demás organismos e instrumentos previstos a tal fin, como pueden ser las Unidades de Atención e Intervención, el Observatorio para la Convivencia Escolar, el Plan de Prevención de la Violencia y Promoción de la Convivencia o los Servicios Sociales, llegado el caso.

Pero lo anterior no impide que alguna de estas conductas pueda alcanzar la gravedad o relevancia suficiente como para justificar una intervención penal. En esos supuestos, además de seguir las indicaciones contenidas en los diversos protocolos de actuación,² el comportamiento ya será analizado bajo los criterios propios de un procedimiento judicial y, en especial, conforme lo dispuesto por el Código penal. Sin olvidar las indicaciones específicas de Fiscalía ante el acoso escolar.³ Por tal razón, en adelante, vamos a analizar exclusivamente aquellos tipos penales a los que podría recurrirse para castigar tales comportamientos, haciendo especial hincapié en la diferenciación que el propio código establece entre situaciones de acoso genérico (subsumibles generalmente en el art. 173.1 CP, aunque no de forma exclusiva), acoso en un contexto de violencia de género (con diversos preceptos aplicables, siendo de destacar el art. 172 ter CP) y acoso en un contexto de discriminación por su orientación sexual (siendo aquí relevante lo previsto en el art. 510 y 22.4º CP).

² Vid Orden 62/2014, de 28 de julio, de la Conselleria de Educació, Cultura y Deporte, por la que se actualiza la normativa que regula la elaboración de los planes de convivencia en los centros educativos de la Comunidad Valenciana y se establecen los protocolos de actuación e intervención delante de supuestos de violencia escolar. Y el Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (DOGV 27 de diciembre de 2016), Instrucción del 15 de diciembre de la Conselleria de Educació, investigación, cultura y deporte.

³ Instrucción 10/2005, del 6 de octubre, sobre el Tratamiento del acoso escolar desde la justicia juvenil.

1. Acoso escolar

Como es sabido, el Código penal no incluye el concepto de acoso escolar ni de ciberacoso entre su articulado. No obstante, nada impide castigar estas conductas siempre que tengan suficiente relevancia (carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal) y que el autor sea mayor de 14 años. Lo determinante para una actuación penal no será, pues, la denominación que reciba. Bastará que la conducta examinada tenga una importancia tal como para que la intervención del ministerio fiscal sea factible. De ser así, atendiendo al bien jurídico lesionado o amenazado, se tendrá que identificar y aplicar el tipo penal que mejor convenga para la defensa de la víctima (lesiones físicas o psicológicas, amenazas, coacciones, acecho...), si bien, lo habitual en estos casos será recurrir al art. 173. 1 CP.

Este artículo castiga a quien ocasione a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, con una pena de prisión de seis meses a dos años. No existe consenso entre la doctrina y la jurisprudencia a la hora de acotar el significado de tales expresiones y, por ende, sobre el alcance real de este delito. Aunque todos los autores aceptan que se refiere a ataques contra la integridad moral, de forma que provoquen en la víctima una sensación de humillación, vejación y/o una reducción de dicha víctima a la categoría de cosa (Tamarit, 2016: 244). A su vez, las resoluciones judiciales que aprecian la existencia de ese trato degradante, castigan los supuestos de acoso escolar (desde las mal llamadas 'novatadas' aisladas hasta comportamientos reiterados de tratos crueles y humillantes de un estudiante por sus compañeros).

Esta misma postura mantiene la Fiscalía: el tipo penal contenido en el art. 173.1º CP es el más adecuado –a priori– para sancionar situaciones que puedan tildarse de acoso escolar, siempre que tengan suficiente relevancia para ello (Instrucción 10/2005 FGE).

Por tanto, a falta de mayor concreción, para saber qué se entiende por acoso escolar y, en consecuencia, qué podemos considerar

como trato degradante, tenemos que recurrir a la doctrina y a la normativa aplicable. Así, se define el bullying como exposición repetida y sostenida en el tiempo a acciones negativas por parte de sus compañeros, que se caracteriza por la intencionalidad de agredir a esa víctima, la reiteración de ese comportamiento y por la existencia de un desequilibrio de poder entre agresor y víctima (Miró, 2013: 63, citando a Olweus y Calmaestra).

Por su parte, el protocolo de acoso escolar contenido en la Orden 62/2014 lo califica como el maltrato psicológico, verbal o físico sufrido por un alumno o alumna en el ámbito escolar, derivado de factores personales (físicos, psicológicos, de orientación y/o identidad sexual) o colectivos (factores étnicos, grupo social, religioso), de forma reiterada y a lo largo de un periodo de tiempo determinado.

Mención aparte merece el ciberacoso. De nuevo, siguiendo a Miró, podemos definirlo como el abuso de poder continuado de un menor sobre otro realizado por medio del uso de las TIC. Esta conducta también se caracterizará por buscar el tormento, amenaza, humillación, hostigamiento y/o causar molestias al menor, si bien estas ya no estarán encuadradas en la escuela o en el entorno físico del menor, sino que se realizará a través del ciberespacio (Miró, 2013: 64).

De igual modo, el citado protocolo de acoso describe el ciberbullying como acoso entre iguales en el entorno de las tecnologías de la información y de la comunicación, e incluye actuaciones de chantaje, vejaciones e insultos entre alumnos/as. Supone difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico y, prosigue la Orden, constituye un fenómeno de gran relevancia por su prevalencia, la gravedad de sus consecuencias y las dificultades que presenta para su prevención y abordaje.

En todo caso, ambas modalidades de acoso –cuando superen el umbral de relevancia penal– podrán ser calificadas como trato degradante (art. 173.1º CP) sin mayor complejidad legal que la propia de un procedimiento penal. Motivo por el que no se desarrolla más

este apartado, remitiéndome a trabajos anteriores y a la bibliografía allí disponible (García et al., 2015: 107 y 146).

Para terminar, tan solo añadir que estas conductas de acoso y ciberacoso no deben confundirse con otras similares o relacionadas pero que, en verdad, constituyen delitos específicos distintos al de trato degradante, como podrían ser el acecho sexual a menores por medios electrónicos (el denominado '*grooming*', contemplado en el art. 183 bis CP) y/o la difusión de contenidos sexuales que se han producido y grabado en la intimidad, con el consentimiento de los partícipes pero que son distribuidos o compartidos en red por uno de los implicados, pero sin contar con la aquiescencia del resto de los que allí aparecen, (art. 197, 7º CP).

2. Acoso en un contexto de violencia de género

Esta variante se caracteriza por combinar un comportamiento de acoso junto con una relación de afectividad, vigente o no, entre las dos personas implicadas, siempre que la víctima sea mujer y que el acosador sea hombre.

Resulta evidente que si la conducta de acoso y dominio realizada se materializa en lesiones (físicas o psíquicas), amenazas o coacciones, entre otras posibles situaciones, serán resueltas conforme prevé el Código penal, aplicando los artículos correspondientes a esas figuras penales.

Pero si dicha posición de dominio se ejerce bajo una modalidad de acoso y/o control mediante medios electrónicos, por ejemplo, nada impide que también pueda apreciarse un delito de acoso escolar realizada sobre la pareja sentimental del acosador, siendo de aplicación el citado art. 173.1 CP (o incluso el art. 172 ter CP, siempre que concurrieran los requisitos establecidos en este último precepto).

Por tal razón se afirma que «las acciones constitutivas de ciberacoso y violencia de género virtual tienen unas características comunes: la inmediatez en recibir la información, el posible anonimato del autor del ciberacoso, la facilidad en su viralidad por la multitud de

usuarios de la red, la falta de control de la información compartida, puesto que intervienen usuarios conocidos y desconocidos por ella y, el gran impacto en su salud; debido a la viralidad e inmediatez en recibir los comentarios humillantes e insultantes de terceros sin poder desconectar ni en su propia casa siempre que esté conectada a internet, provocándole revictimización constante» (Palop, 2018: 431).

En suma, lo que se pretende señalar es la posibilidad real de que la víctima (mujer, en este caso) pueda sufrir acoso por parte de su pareja (hombre, en este caso) que, al mismo tiempo, es su compañero en el centro escolar donde ambos estudian.

En sentido contrario, quedan excluidas aquellas conductas de acoso y dominio que se realicen sin mediar relación de afectividad alguna entre acosador y persona acosada, así como aquellas en las que la conducta o trato degradante se realice por parte de una mujer (aunque la víctima/ pareja sea otra mujer) o por parte de un hombre (cuando la víctima/ pareja sea otro hombre). Tales situaciones serían resueltas conforme al acoso genérico (art. 173.1º CP) o conforme a otras figuras penales (delito de odio o agravante de discriminación, como veremos luego).

El motivo de esta diferenciación de trato viene dado por la propia legislación vigente en materia de violencia de género y la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de ella.

De ahí la importancia de manejar correctamente la terminología jurídica en esta materia puesto que no todo acto de violencia que tenga por víctima a una mujer obtendrá el mismo grado de respuesta penal, ni la consideración de violencia de género, en el contexto de acoso escolar. Esta obviedad, bien conocida en el contexto jurídico penal, causa verdadera confusión en otros ámbitos sociales, como ya advertimos en otros trabajos (García y Esteve, 2015: 2 y ss). De hecho, no son pocas las ocasiones en que los medios de comunicación identifican violencia de género con hechos concretos que serán calificados como violencia contra la mujer. Y lo mismo podría ocurrir en el ámbito docente, puesto que no existe ninguna obligación de conocer estas diferencias técnicas, ni mucho menos.

Quizá la citada Ley de Protección Integral haya generado, en buena medida, esta confusión terminológica. O lo sea la falta de adecuación del texto punitivo a dicha ley. El caso es que en esa norma, se enumeran diversas formas de violencia que no encuentran una correlación directa en el código penal. En concreto, se pueden identificar tres variantes de ataques que recaigan sobre una mujer.

Primer grupo. Delincuencia específica que tiene como víctima a quien ha sido o es pareja sentimental del agresor, con o sin convivencia en el momento de producirse los hechos. Estos comportamientos tendrían un carácter aislado o puntual, serían castigados de forma individualizada y suelen denominarse *violencia de género*. El agresor siempre será un varón. Tienen su reflejo inmediato en los arts. 148.4º; 153.1º; 171.4º; 172.2º; y 173.2 CP. No obstante, también serán de aplicación en otros delitos, que *a priori* pudiera parecer que no guardan relación con conductas típicamente constitutivas de violencia de género, como ocurre con los incorporados en el art. 197 *in fine* CP, referente de los delitos de revelación de secretos, siendo una agravante que entre autor y víctima exista o haya existido unión sentimental (en este caso, por tanto, la agravante se puede aplicar tanto al hombre como a la mujer, dependiendo de quién haya sido el sujeto activo de la conducta delictiva) y el art. 172.ter CP, que incorpora una nueva forma de acoso como conducta típica, y sanciona tal conducta de manera más gravosa cuando la víctima sea alguna de las personas que recoge el art. 173 CP, como luego veremos con mayor detenimiento.

La mención expresa relativa a que se trate de 'hechos aislados' permitirá diferenciar estos comportamientos de aquellos otros que suelen denominarse violencia doméstica.

Todo ello asumiendo que los Tribunales de Justicia utilizan una interpretación muy amplia de lo que se debe entender por pareja sentimental, englobando todas aquellas relaciones que trascienden los lazos de amistad, afecto y confianza, como una manifestación más de las relaciones de afectividad *more uxorio*, considerando que sólo podrán excluirse aquellas que se mantienen de modo esporádico u

ocasional. El Código penal las engloba en la expresión de 'esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad' (Magro, 2015: 2).

La sala segunda del Tribunal Supremo se pronunció en estos mismos términos hace ya mucho tiempo,⁴ reconociendo la dificultad de dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de los tipos penales relativos a la violencia de género. Para el Alto Tribunal lo decisivo para que esta equiparación se produzca es que «exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro». Por tanto, sólo quedarán excluidas de este concepto las relaciones «puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo no ha tenido, ni siquiera, la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer».

Lo mismo cabe decir de la posición mantenida por la Fiscalía General del Estado. En su Circular 6/2011, afirma que el noviazgo como relación análoga que puede justificar, de igual modo, la aplicación de los tipos penales previstos para violencia de género.

En ella se dice que el «noviazgo es una relación afectiva socialmente abierta y sometida a un cierto grado de relatividad en cuanto a los caracteres que la definen, porque, entre otras modalidades, puede tratarse de una persona que mantiene relaciones amorosas con fines matrimoniales, o puede aludir a una persona que mantiene una relación amorosa con otra, sin intención de casarse y sin convivir con ella».

Siguiendo con la argumentación de la Fiscalía, para afirmar la existencia de esa análoga relación de afectividad a la que alude el Código, bastaría cualquier relación que trascienda los lazos de amistad, afecto y confianza y que cree un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro. Con todo, se distinguiría de

4 Entre otras, STS nº510/2009, de 12 de mayo.

la relación matrimonial y de las uniones de hecho porque en éstas, a su vez, se despliegan una serie de obligaciones y derechos que no afectan a los novios. Y de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja.

Ahora bien, la Circular también sostiene que tal relación de noviazgo mantiene su plena vigencia por mucho que sus integrantes carezcan de proyecto de vida en común; o ésta se mantenga mientras se convive con los padres y se depende económicamente de ellos; o por haber existido una ruptura transitoria en la relación; o por cualquier otra causa que la norma (en referencia al Código penal) no requiere para entender cumplido el requisito de que el agresor tuviera o hubiera tenido una relación sentimental con la víctima.

Así las cosas, podríamos acotar este primer grupo que he denominado 'violencia de género' como aquella que presenta estas características:

1. la realiza un hombre sobre una mujer que, necesariamente, ha sido o es pareja sentimental del agresor.
2. puede concurrir, o no, la nota de convivencia entre ambos, en el momento de producirse los hechos.
3. siempre que dicha violencia pueda subsumirse en los tipos penales antes citados.
4. siempre que dicha violencia no sea habitual.

Y, como se ha dicho, podrían acompañar o conformar en parte conductas propias de acoso escolar, no existiendo impedimento legal alguno en castigar ambas mediante el correspondiente concurso de delitos.

Segundo grupo. Delincuencia específica que tiene como víctima a una mujer (que ha sido o es pareja sentimental del agresor) o a cualquier otro miembro de la unidad familiar (hombre o mujer) a la que pertenece esa mujer. Suele denominarse *violencia doméstica* aunque también podría incluirse en este grupo los casos de *violencia intrafamiliar*. Las principales diferencias con el grupo anterior (violencia

de género) serían estas tres: 1) se amplía el círculo de posibles sujetos activos (hombre o mujer) y sujetos pasivos (cualquier miembro de la unidad familiar, sin importar si es mujer o no); 2) el carácter reiterativo o sostenido en el tiempo que necesariamente ha de concurrir en estas agresiones, aunque no siempre sea sobre el mismo sujeto pasivo; y 3) la exigencia de convivencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, salvo si este último es la pareja o expareja del agresor.

En este caso, la relación con un escenario de acoso escolar es inimaginable por lo que solo se incluye para facilitar la diferenciación entre las tres modalidades de violencia antes nombradas.

Tercer grupo. Delincuencia común, que tenga por víctima a una mujer, sin que exista ni haya existido nunca una relación sentimental ni familiar entre ella y el agresor.

Dentro de este grupo, podemos diferenciar a su vez dos situaciones. La primera de ellas tendría como único dato relevante que la víctima del delito cometido sea una mujer, sin que conste relación sentimental alguna con el agresor y sin que este haya cometido tal conducta movido por su afán de atentar contra una mujer, por ser tal. En definitiva, se trataría de aquellas manifestaciones de delincuencia común que recaigan sobre víctimas de sexo femenino, sin más. Razón por la que no podría incluirse, realmente, como una forma expresa de violencia contra la mujer sino, más bien, como un filtrado de estadística criminal en función del sexo de la víctima. Por supuesto, no tiene ninguna relevancia en el contexto de acoso escolar, más allá de la diferenciación por sexo, como la realizada por la Memoria de Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana (GVA, 2017), citada en la introducción.

La segunda modalidad engloba los ataques realizados expresamente contra esa víctima por su pertenencia al género femenino. La víctima es indiscriminada por cuanto no es necesario que mantenga lazo alguno de familia, amistad, afectividad y/o convivencia con el agresor; el único requisito es que ha sido elegida por ser mujer. De hecho, la idea criminal tendrá su origen, precisamente, en buscar esa discriminación

o móvil subjetivo de desprecio hacia las mujeres y lo que ellas representan. Esto es, el dolo del autor abarcará, necesariamente, ese desprecio hacia el sexo femenino, y así lo materializará mediante actos lesivos sobre su víctima-mujer.

Esta modalidad de violencia englobaría aquel comportamiento criminal que revele una manifestación de discriminación, situación de desigualdad o relaciones de poder y/o sometimiento de los hombres sobre las mujeres. Y de nuevo es compatible con comportamientos de acoso escolar: el acosador, en esta ocasión, elige a la víctima y centra su ataque hostil y reiterado, principalmente, por ser mujer y por querer dominar/discriminar/constreñir/humillar a esa persona, por su género y por lo que ella representa.

Sin embargo, el comportamiento típico aquí descrito no sería subsumible dentro de los preceptos que regula la L.O. 1/2004 y que se han descrito anteriormente, dado que se exige como requisito imprescindible la unión sentimental entre el hombre y la mujer, requisito no cumplido en esta ocasión.

En este supuesto, la protección que se da a la mujer en este contexto es la misma que se otorga igualmente a otros colectivos, víctimas de acoso escolar o de cualquier otro delito, siempre que tenga su origen y razón de ser en razones étnicas, de raza o nación, por su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad. Esto es, el posible acoso escolar (art. 173.1º CP) se castigaría aplicando la agravante específica prevista para estas situaciones (art. 22, 4ºCP), salvo que se tratase de un delito de odio (510 CP), como luego veremos. A no ser que pudiera reconducirse a un supuesto de acecho, analizado más adelante.

Y esta misma tutela penal sería la que cabría aplicar cuando el delito (de acoso agravado o de odio) se cometa contra una víctima que ha sido elegida o seleccionada por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su

discapacidad, como relata el tenor literal de la agravante ya citada del art. 22.4º CP. En otras palabras, sería la normativa a utilizar en casos de acoso escolar por homofobia o transfobia o, en definitiva, en aquellos que tengan por víctima a una persona del colectivo LGTBI, precisamente por su pertenencia a tal grupo y por lo que representan. Cuestión que se desarrolla más adelante.

Volviendo al escenario de un acoso escolar en el contexto de la violencia de género (y al supuesto antes nombrado de acecho u hostigamiento) quisiera detenerme en una figura penal de reciente incorporación al código que bien pudiera solventar comportamientos de difícil encaje en los preceptos hasta ahora nombrados. Me refiero al art. 172 ter (delito de hostigamiento o acecho).

3. El hostigamiento como forma de acoso agravado

Como se viene diciendo, la mayoría de supuestos de acoso escolar no alcanzan una gravedad suficiente para que no se puedan resolver desde los centros escolares, gracias al buen hacer de sus docentes. Pero la realidad también nos recuerda que –puntualmente– se producen situaciones extremas que pueden terminar, incluso, con el suicidio de la persona que lo sufre.⁵ Esto justificaría la referencia hecha a la violencia de género (compatible, en mi opinión, con un hipotético caso de acoso escolar, por mucho que su incidencia cuantitativa sea baja o inexistente hasta ahora) y lo mismo podría decirse de situaciones de acoso que –combinadas con otros comportamientos reprochables– logre alterar el desarrollo de la vida cotidiana de esa persona acechada.

En estos supuestos, la víctima, no solo sufre una situación de acoso (trato degradante y reiterado, de tal entidad que pueda dar lugar a la aplicación del art. 173.1 CP) antes citado, sino que –además– tiene que soportar otras conductas molestas que, de forma reiterada e insistente,

⁵ La revista *Journal of Adolescent Health* dedicó un número monográfico sobre esta cuestión: vid. vol. 53, julio 2013 (disponible en internet en el siguiente enlace: [http://www.jahonline.org/issue/S1054-139X\(13\)X0015-1](http://www.jahonline.org/issue/S1054-139X(13)X0015-1)).

realiza el acosador, de forma tal que se ve obligada a modificar su rutina para evitarlas. Por ejemplo, el cambio de la ruta utilizada para acudir al colegio, alterar los horarios aunque sean inadecuados para sus necesidades reales, tener que ir acompañado en todo momento, no usar medios públicos de transporte, solicitar traslado a otro colegio... o cualquier otro de similar naturaleza.

En otras palabras, la víctima lo es de un acoso permanente que excede el ámbito de lo que venimos entendiendo por acoso y ciberacoso escolar hasta el punto de forzar el abandono de rutinas o hábitos plenamente instaurados en esa persona.

Este escenario recibe el nombre de acecho, hostigamiento, acoso o stalking, entre otros muchos, y está castigado desde 2015 por el artículo 172 ter del Código penal (vid. Villacampa, 2015).

Nada impide que este delito lo sufra un menor en edad escolar, aunque se hace difícil imaginar que el autor no sea un adulto ajeno al ámbito educativo. Por lo demás, la previsión legal incluye una referencia expresa por si esta conducta tiene lugar entre personas que hubieran mantenido/o mantengan una relación de afectividad (violencia de género) y/o recae sobre personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o situación.

La incorporación de este delito ha sido muy criticado por el conjunto de la doctrina. Varios autores sostienen que estas conductas de acoso personal no dejan de ser actividades y actitudes cotidianas inocuas por sí solas y que, por tanto, no llegan a superar el umbral mínimo de relevancia penal para fundamentar su criminalización. En su opinión, ni siquiera la exigencia de que tales hechos sean idóneos para 'alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana', como reclama el art. 172 ter CP, sería suficiente para respetar el principio de intervención mínima.

En el otro lado de la balanza se encuentran quienes –entendiendo criticable la incorporación de este delito al código penal– aducen que este precepto permitirá solventar aquellos (pocos) supuestos de acoso que no pueden ser reconducidos a los delitos ya existentes

y que, sin embargo, son de gran relevancia. Por ejemplo, ciertos comportamientos realizados a través de internet (como el 'escrache digital') o determinadas conductas recurrentes en el ámbito de la violencia de género (como el uso del nombre de la víctima en redes sociales ofreciendo servicios sexuales).

Por mi parte, reconozco que los actos aislados que se proponen como una forma de acoso son –individualmente considerados– acciones irrelevantes, cotidianas, inocuas..., como se ha dicho antes. Y que existe el riesgo hipotético de que la persona hostigada pueda denunciar estos hechos pudiera hacerlo por ser exagerada y/o sin capacidad de resistir la más mínima presión, en un momento dado.

Pero no debe olvidarse el contexto en que todo esto ocurre: esas acciones son mensajes cifrados entre víctima y agresor, de gran efecto sobre la primera y de nimio coste para el segundo. Todo ello acompañado de un incompleto diseño y/o adecuación de los tipos penales tradicionales (amenazas y coacciones, principalmente) para solventar esta problemática que, lógicamente, no encuentra respuesta penal alguna, ni siquiera ante los casos más relevantes.

Así las cosas y dado que el tenor literal del art. 172 ter CP limita la intervención penal a los casos de grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, junto con la necesaria denuncia de los hechos (salvo en los supuestos mencionados en el número 2 de este mismo artículo), considero acertado que esta figura complete el Código penal actual. Y la considero útil, igualmente, en el contexto de acoso y ciberacoso escolar, por mucho que su uso sea residual o secundario respecto de otros delitos, como es de imaginar.

De hecho, no siempre será fácil diferenciarlos entre sí. A tal fin, podría decirse que «el trato degradante busca humillar o envilecer a la víctima (en referencia al art. 173 CP), mientras que el acoso no busca producir en la víctima dichos sentimientos, sino los de preocupación, temor, inseguridad o desasosiego, entre otros (en referencia al 172 ter CP)» (Alonso de Escamilla, 2013: 4).

El umbral de relevancia de los actos a considerar viene marcado por un doble requisito: deben ser varios (de forma insistente y reiterada, dice el art. 172 ter CP) y deben ser idóneos para lograr que la víctima altere su manera cotidiana de vivir el día a día. Se configura así como un delito de resultado, aunque no por ello queda acotado con nitidez el comportamiento típico: acosar a una persona.

La conducta típica constituye, ciertamente, un concepto jurídico indeterminado. Alonso de Escamilla, citando a Meloy y Gothard, habla de «patrón de conducta, una suerte de estrategia de hostigamiento anormal, de larga duración y que está dirigida específicamente a una persona», teniendo que consistir en más de un acto manifiesto de persecución, no querida por la víctima y que esta perciba como intimidatoria. Esta misma autora afirma que el acoso predatorio, como ella lo denomina, es un 'concepto poroso' de difícil concreción, lo que le lleva a enumerar sus características principales, que ahora resumimos: 1) patrón de conducta insidioso y disruptivo; debe tratarse de una serie de actos concatenados, aunque no existe acuerdo sobre el periodo o la frecuencia que estos deben tener. Pueden ser actos de muy distinta naturaleza y, como regla general, socialmente aceptados, de ser singular o aisladamente analizados. 2) estas conductas se realizan sin consentimiento de la víctima, al margen de su voluntad; 3) la comunicación o aproximación asfixiante y no querida tiene que ser susceptible de generar algún tipo de repercusión si bien existe disparidad de criterio a la hora de fijar la naturaleza de ese efecto: o bien causa un efecto de desasosiego o temor, o bien debe implicar una irrupción en la vida privada del afectado.

Por lo demás, este delito no puede derivar de cualquier comportamiento, sino que se concreta por disposición legal en la realización de alguna de las (cuatro) conductas que de forma abierta enumera el 172 ter CP. Aunque con ello no queden zanjados, ni mucho menos, los problemas de indefinición del comportamiento prohibido ya mencionados. Así: vigilar, perseguir o buscar la cercanía física; contactar o intentar ese contacto a través de cualquier medio de comunicación

o terceras personas; usar indebidamente los datos personales de una persona para adquirir productos, contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella; y atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

En suma, como decía al principio, lo normal será que la figura penal utilizada para castigar supuestos graves de acoso escolar sea el art. 173. 1 CP. Pero también se podrá recurrir a este nuevo delito de acecho cuando determinadas conductas de acoso escolar, por sí solas o combinadas con otras circunstancias, superen las previsiones de ese precepto, por más que el agresor no pertenezca a la comunidad educativa, como cabe imaginar.

4. Acoso en un contexto de discriminación por la orientación sexual

En este apartado se analiza un concreto supuesto de acoso escolar que tiene su origen o razón de ser en la orientación sexual de la víctima, en el sentido más amplio del término.

Se trata de valorar la respuesta penal ante situaciones como las descritas en el protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (Instrucción de 15 de diciembre de 2016), así como en la Ley 8/2017, integral del reconocimiento de derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana. Estos documentos engloban diversas posibilidades bajo la expresión «realidad trans», siendo que todas ellas no se ajustan a las normas de género binarias establecidas tradicionalmente. Así, se habla de persona transexual, transgénero, expresión de género divergente..., o personas con un desarrollo sexual diferente (DSD), o cualquier otra situación de las identificadas con el colectivo LGBTIQ+.

Por su parte, la Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana Curso 2015-2016, al evaluar los planes de convivencia de los centros, refleja que hubo 89 casos de acoso

por homofobia o transfobia de entre los remitidos a las Unidades de Actuación e Intervención. De igual modo, afirma que de los 2484 presuntos casos de acoso escolar en los intervinieron los equipos directivos, 134 podían tener origen homofóbico y/o transfóbico.

Nos encontramos, pues, ante una conducta de *bullying* o *ciberbullying* que agrega un claro componente de discriminación basado en el rechazo a la orientación sexual y/o a la expresión que de la misma pueda hacer la víctima. Y aunque nada impide que podamos hablar, también aquí, de acoso escolar sancionable a través del art. 173.1 CP, lo habitual será que el reproche penal se complete con la aplicación de la agravante genérica de discriminación (contenida en el art. 22.4º CP) y/o con la posible apreciación de un delito de odio, descrito en el art. 510 CP. Todo ello, siempre que concurra la suficiente gravedad para superar el umbral de relevancia penal y dando por hecho que se lleva a cabo la conducta penal descrita en tales preceptos. En especial, en este último artículo, siempre que se cumpla la exigencia de difusión pública y de un claro componente de incitación o expresión al odio hacia estas personas.

Comenzando por la agravante genérica del art. 22,4º CP, cabe recordar que su aplicación implica la presencia de dos elementos, uno objetivo (característica especial que posee la víctima, de entre las enumeradas en el texto penal) y otro subjetivo (que sea tal característica el móvil principal del agresor para elegir a su víctima). Entre tales rasgos se encuentra el sexo y la orientación sexual, como es sabido. Y a ellos se suma ahora razones de género. Con esta modificación se quiere ampliar la protección penal de cualquier persona, abarcando sin importar el concreto ámbito de discriminación que pueda motivar el comportamiento ilícito del agresor.

Esta agravante, más allá de la mala redacción técnica que presenta y, con ella, la dificultad de diferenciar entre sí alguna de los supuestos que recopila, sería la normativa aplicable en casos de acoso escolar por homofobia o transfobia o, en definitiva, a aquellos que tengan por víctima a una persona del colectivo LGTBIQ+, que lo sufren precisamente por su pertenencia a tal grupo y por lo que representan.

La otra posible respuesta penal a estos comportamientos claramente discriminatorios podría ser el denominado delito de odio, contenido en el art. 510 CP. En él, se castiga a quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Para alcanzar esta calificación jurídica, lo que empezó siendo un acoso escolar (castigado como trato degradante, del art. 173.1 en relación con la agravante por discriminación del art. 22.4º CP), tiene que llegar a conformar un discurso público que provoque o incite al odio contra alguno de los grupos que antes se mencionaban. Esto sería posible aunque los comportamientos lesivos estén dirigidos a una sola persona, siempre que esta haya sido elegida por representar o «personalizar» los ataques a ese colectivo. Bien entendido que esta «evolución» de una figura penal a otra no será, ni mucho menos, automática, debiendo apreciarse todos y cada uno de los requisitos típicos exigidos por la ley.

En otras palabras, si un individuo está siendo objeto de acoso, recibiendo todo tipo de tratos vejatorios o humillantes, motivados por su pertenencia al colectivo LGTBIQ+ y, al mismo tiempo, de tales ataques puede inferirse o constatarse que el agresor, con ello, está incitando o fomentando el odio de terceras personas contra ese mismo colectivo (ya sea de forma directa o indirecta), la conducta excederá el mero trato degradante agravado (art. 173.1º en relación con el art. 22.4 CP) y conformará un delito de odio.

Abundando en esta idea, el art. 510.2º letra a) establece pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de cualquier

persona determinada por razón de su pertenencia a un grupo o por su sexo o por su orientación o identidad sexual, por razones de género, entre otros. Comportamiento que debe hacerse, de forma directa o indirecta, pero en público. Entendiendo por tal su realización ante una concurrencia de personas o por algún medio que garantice tal publicidad.

Es obvio que «la publicidad se dará también en las manifestaciones divulgadas mediante las tecnologías de la información y la comunicación, no solo por su exposición en una web o blog de acceso abierto, sino también a través de las redes sociales con acceso restringido a usuarios registrados, siempre que el mensaje pueda ser transmitido a un amplio y relativamente indeterminado número de personas». Todo ello, bajo un móvil discriminatorio y un ánimo de provocación al odio contra el grupo o colectivo al que pertenece (y representa) la víctima concreta (Tamarit, 2016: 1982).

En consecuencia, un supuesto de ciberbullying que cumpliera las premisas descritas generaría, un concurso aparente de normas entre el art. 173.1 CP y el art. 510 CP que, en mi opinión, debería ser resuelto a favor de este último, en aplicación del art. 8.4º CP.

III. Breve referencia al Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad

Dejando aparte la posible respuesta jurídico penal que pueda corresponder ante los casos más graves de acoso, en los escenarios antes descritos, se hace ahora una breve mención a este protocolo por cuanto completa los ya existentes en la Orden 62/2014 de 28 de julio de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, reguladora de los planes de convivencia en los centros educativos de la Comunidad Valenciana.

En esa Orden se establecían pautas de actuación e intervención que debía seguir el personal docente ante supuestos de violencia escolar. Los procedimientos de intervención previstos son: acoso escolar y

ciberacoso; conductas que alteran la convivencia de forma grave y reincidente; maltrato infantil; violencia de género; y agresiones hacia el profesorado y/o el personal de administración y servicios.

Por otra parte, la Generalitat acaba de aprobar la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana. En ella, entre otras, se prevén determinadas medidas de atención que han de servir para garantizar el respeto a estas identidades o expresiones de género por parte de la comunidad educativa, así como el desarrollo personal del individuo, todo ello desde el máximo respeto a su intimidad. Esa norma también insta a que las administraciones competentes en la protección de la infancia se ocupen de detectar, prevenir y solucionar situaciones de acoso o violencia que puedan sufrir estas personas como consecuencia de la expresión de una identidad de género no normativa o durante el proceso de transición de género.

En concreto, en su art. 22, se define como acoso discriminatorio «cualquier comportamiento o conducta que por razones de identidad o expresión de género, se realice con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una o varias personas y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, ofensivo o segregado».

Por último, se establece que el profesorado del centro actuará siguiendo los pasos establecidos por la Instrucción del 15 de diciembre de 2016 (DOG 27 de diciembre de 2016), que contiene el citado protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad, que establece las actuaciones de prevención, inclusión, protección, sensibilización, acompañamiento y asesoramiento al alumnado trans e intersexual y a sus familias.

Al igual que ocurría con la Orden 62/2014, de 28 de julio, esta Instrucción establece los pasos que el profesorado y equipo directivo deberán seguir ante estas situaciones. Como ya se hizo en su momento con el resto de protocolos citados (García et. al., 2015), con estas líneas se pretende resaltar los aspectos legales más relevantes.

Tal y como se indica en el texto, se aplica a los centros públicos de la Generalitat Valenciana, invitando al resto a que lo hagan suyo igualmente.

Incluye un glosario de términos que facilita su uso (se definen los conceptos de sexo biológico, género, identidad de género, identidad de género divergente, rol de género, orientación sexual, persona trans, persona transexual, proceso de transición o de tránsito, persona transgénero, persona intersexual, con intersexualidades o con un desarrollo sexual diferente, persona cisgénero y transfobia), aunque a efectos legales, el posible acoso (art. 173.1º CP) y/o el posible delito de odio (art. 510 CP) existiría de igual modo, siempre que tuviera su razón de ser en alguna de las situaciones o estados enumerados.

La instrucción dispone que los integrantes del claustro tienen la obligación de intervenir ante cualquier conducta negativa derivada de la expresión de género o de una identidad de género que se aleje del estándar, o por motivo de un desarrollo sexual diferente. En concreto, prosigue el texto, el equipo docente tendrá, entre otras obligaciones, que observar indicios de acoso sobre quien exprese una identidad de género diferente a la asignada socialmente así como informar o investigar seriamente actitudes de rechazo, comportamientos anómalos, posibles casos de acoso, quejas o denuncias.

Por otra parte, al conjunto de la comunidad educativa le pide no ignorar ningún comportamiento constitutivo de acoso por estos motivos, así como informar a las autoridades educativas ante posibles situaciones de acoso.

Resulta muy acertado que ambas peticiones se hagan con la misma rotundidad con la que se les reclama máxima discreción y celo profesional, para así proteger la intimidad y la dignidad de las personas afectadas. Sin duda, este debe ser uno de los principales ejes que guíen cualquier actuación desde el centro.

Pasando ya a la instrucción, a la comunidad educativa también se le solicita que cooperen con el posible expediente disciplinario por acoso por transfobia, así como en informar adecuadamente a

la familia sobre la posibilidad de presentar una denuncia de forma complementaria, si los hechos fueran constitutivos de algún delito.

Esta última previsión debe acogerse con prudencia ya que el personal docente puede, con ello, adentrarse en un contexto extraño y en el que matices o conceptos jurídicos tales como qué es delito y qué no, el umbral de relevancia, tipicidad y conductas delictivas, la titularidad del bien jurídico protegido, posibles acciones legales disponibles, delitos privados y públicos, posición de garante..., entre otros muchos, pueden ser determinantes para tildar su actuación de adecuada o de inadecuada.

Además de ese riesgo, el profesorado asume la carga de tener que contactar (y revelar) información eminentemente personal a la familia del estudiante. Ciertamente el protocolo menciona de forma expresa que, previamente, habrá que estudiar, mediante entrevistas al estudiante y a su familia, si en el ámbito familiar existen indicadores de transfobia o de no aceptación de la situación, para evitar un conflicto añadido a la persona víctima de acoso. Pero aun así, se trata de una comunicación, desde mi punto de vista, muy comprometida –y comprometedora– para todos los implicados, dado que se refiere a datos personales sometidos a la máxima protección, por parte de la legislación aplicable.

A su vez, podría tratarse de un conflicto que afecte a derechos personalísimos en los que se dé prioridad a las decisiones del estudiante frente a la de sus progenitores. Si así fuera y concurrieran opiniones familiares enfrentadas entre sí, el esfuerzo de confidencialidad y prudencia deberá ser mayor.

De ahí la conveniencia de contar con asesoramiento jurídico antes de tomar una decisión. Máxime cuando no estamos hablando de hechos indubitados (no tanto por el acoso existente, que será claro y evidente, sino por el motivo que lo genera: la condición sexual concreta que presenta la víctima, en los términos antes expresados).

Insistiendo en las hipotéticas diferencias de opinión entre el estudiante y sus familiares, conviene destacar que, aun siendo menor de edad (por cuanto está escolarizado), le asisten todos sus derechos

fundamentales y, en consecuencia, mantiene la capacidad de ejercerlos conforme mejor considere, como no podría ser de otro modo. Entre ellos se incluye la intimidad, el honor, la propia imagen, o la libertad sexual.

Como es sabido, cuando estamos hablando de derechos de carácter fundamental o «personalísimo», los tribunales tienden a reducir al máximo la participación de los padres y potenciar, correlativamente, la del menor que ostenta esos derechos. En suma, se pretende que sea el titular de esos derechos quien decida, de forma libre, cómo ejercerlos. La asistencia y consejo que pueda obtener de sus progenitores o tutores no dejará de ser eso. Y el criterio para inclinar la balanza cuando exista un conflicto entre ambos será el grado de madurez que tenga el menor en cuestión.

Por eso, ante conflictos graves de acoso transfóbico, la comunicación que se haga a la familia y/o la información que se ofrezca sobre las posibles acciones legales tiene, como decía, gran carga jurídica y debe ser sopesada por los equipos directivos antes de actuar. En mi opinión, esta parte del texto debe interpretarse en términos restrictivos. Si se ha llegado a ese punto es porque el equipo directivo ya ha informado a la Inspección y ésta a su vez puede haber solicitado la intervención de la UAI territorial para decidir si se trasladan esos hechos al ministerio fiscal, para que los valore. Por tanto, el problema en sí ya está encauzado. En ese contexto, no parece adecuado que sea la dirección del centro la que tenga que valorar la conveniencia o no de que la familia realice una denuncia ante las fuerzas de seguridad.

Quizá el equipo docente podría limitarse a informar a la familia afectada sobre los pasos que ha dado el centro en la protección del agredido ante el acoso sufrido, en la averiguación de los hechos y en la decisión final sobre la denuncia de lo ocurrido ante las autoridades. Pero sin asumir ninguna labor de asesoramiento sobre la conveniencia de que la familia, finalmente, denuncie o no los hechos.

Por todo ello, entiendo que el recurso a las Unidades de Actuación e Intervención será, en estos casos, lo más conveniente, sin perjuicio de que los docentes asuman las funciones descritas en la aludida Instrucción.

IV. Bibliografía y fuentes consultadas

- Alonso de Escamilla, A., «El delito de stalking como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades», *La ley penal*, núm. 105, 2013, pp. 1-9.
- Esteve Mallent, L.: *Violencia de género en el código penal español. Análisis del art. 172 ter*. Valencia, 2017.
- Fundación ANAR Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo. *I Informe sobre Bullying*. 2016.
- García González, J.: «Oportunidad criminal, internet y redes sociales: especial referencia a los menores de edad como usuarios más vulnerables», *Indret*, núm. 2, 2015.
- García González, J. (coord.): *El reto de la convivencia escolar*. GVA, 2015.
- García González, J.: «La violencia en el noviazgo: el delito de violencia de género entre adolescentes», en VV. AA., *La violencia de género en la adolescencia*. Aranzadi, 2012, pp. 51-89.
- García, J., Esteve, L.: «La respuesta penal ante la violencia de género en el nuevo código penal español», en Abril, R. (dir.): *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*. Barcelona, Huygens, 2015.
- Generalidad Valenciana, Consellería de Educación: *Memoria anual sobre la convivencia escolar en la Comunidad Valenciana*. Curso 2015-2016.
- Magro Servet, V.: «¿Cómo debe interpretarse la expresión "análoga relación de afectividad aun sin convivencia" en los delitos de violencia de género?», *Revista La Ley Penal*, núm. 112, 2015, pp. 1-11.
- Ministerio de Educación: *Plan estratégico de convivencia escolar*. Centro nacional de Innovación e investigación educativa, 2016.
- Miró Llinares, F.: «Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 16, 2013, pp. 61-75.
- Palop Belloch, M.: *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género a través de internet. Vulnerabilidad de la menor en sus relaciones de pareja, ciberacoso y derecho al olvido*. Castellón, 2018.

- Tamarit Sumalla, J. M.: «De las torturas y otros delitos contra la intimidad moral», en Quintero, G. (dir.): *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Aranzadi, 2016, pp. 237-256.
- Villacampa Estiarte, C.: «El delito de stalking», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*. Aranzadi, pp. 379-398.

Normativa

- Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.
- Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios.
- Orden 1/2010, de 3 de mayo, de la Conselleria de Educación y de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se implanta la hoja de notificación de la posible situación de desprotección del menor detectada desde el ámbito educativo en la Comunidad Valenciana y se establece la coordinación interadministrativa para la protección integral de la infancia.
- Orden 62/2014, de 28 de julio, de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, por la que se actualiza la normativa que regula la elaboración de los planes de convivencia en los centros educativos de la Comunidad Valenciana y el establecimiento de los protocolos de actuación e intervención ante supuestos de violencia escolar.
- Instrucción del 15 de diciembre de la Conselleria de Educación, investigación, cultura y deporte sobre Protocolo de acompañamiento para garantizar el derecho a la identidad de género, la expresión de género y la intersexualidad (DOGV 27 de diciembre de 2016).
- Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana