

POSIBLES CARENCIAS EN EL SISTEMA DE CONTROL SOCIAL ANTE EL CIBERACOSO: LA LIMITADA RESPUESTA DEL CÓDIGO PENAL FRENTE A ESTA CONDUCTA

JAVIER GARCÍA GONZÁLEZ¹

Resumen: Como es sabido, la juventud también está sometida al tradicional sistema de control social a través de diversas instituciones y grupos que interactúan con este colectivo (y con los individuos concretos que la componen) con el objetivo de “socializarles”, esto es, de lograr que asuman las normas validadas a través de la estructura existente de tutela, como ocurre con el resto de componentes de la sociedad.

Pero, actualmente, este grupo presenta una característica muy concreta que lo distingue de otros procesos anteriores: sus vivencias tienen lugar en dos contextos diferentes y complementarios, como son el mundo virtual y el mundo real.

Este trabajo ahonda sobre la ausencia de referentes de los actores de control social para poder actuar en consecuencia. Incluidos los encargados de aplicar la sanción penal, en última instancia. La mayoría de esos actores aplican las tradicionales fórmulas de control social. Pero tales herramientas se están resintiendo, como es lógico, por cuanto no estaban pensadas para actuar en ese entorno digital. Con ello se quiere denunciar la falta de respuestas socialmente validadas para poder modelar nuestro comportamiento social en el entorno digital.

Los responsables encargados de “armonizar” al individuo (solo) hacen uso de los valores vigentes en ‘su’ entorno social. Sin embargo, el “nativo digital”, como receptor de esas normas, también tiene acceso a otros mundos virtuales que no tienen por qué parecerse al que les acoge físicamente. Empezando por los valores imperantes en cada una de esas esferas sociales en las que se forma como individuo.

Y en esa disparidad, las expectativas depositadas en el Derecho penal, como máximo representante del control social formal, pueden verse frustradas. Para ello, este trabajo toma como ejemplo la respuesta dada por el código penal español ante el ciberacoso.

Palabras clave: control social, ciberacoso, redes sociales

¹ Doctor en Derecho y Profesor de Derecho penal. Universidad CEU Cardenal Herrera.

Abstract: As it is well known, youth is also subject to the traditional system of social control through various institutions and groups which interact with this collective (as well as with the specific individuals who make it up) with the aim of “socializing them”, that is, in order to get them to assume the validated regulations through the existing structure of guardianship, as it happens with the rest of society’s members.

But nowadays, this group presents a very specific characteristic that distinguishes it from previous processes: its experiences take place in two different and complementary contexts which are the virtual and the real world.

This paper delves into the absence of referents from social control actors to be able to act in consequence. Including those charged with the enforcement of the criminal sanction, as a last resort. Most of these actors apply the usual rules of social control. But such tools are, of course, feeling the effects as they were not designed to act in that digital environment. Consequently, it is intended to denounce the lack of socially validated responses so that not only our social behavior in the digital environment can be modelled but also the actors responsible for the enforcement of the criminal sanction.

Those people responsible of “harmonizing” the individual make use of the current values in ‘their’ social environment. However, the “digital native”, as the receiver of these norms, has also access to other virtual worlds which needn’t look like to the one that takes them in. Especially the prevailing values of those social sphere in which they are formed as individuals. And in this discrepancy, the expectations placed on Criminal Law, as the highest representative of formal social control, can be frustrated. Therefore, this paper takes as an example the response given by the Spanish penal code to cyberbullying.

Keywords: social control, cyberbullying, social networks

INTRODUCCIÓN

La reiteración de conductas agresivas dentro y fuera del aula es una realidad que ha de generar no pocas reflexiones acerca de este comportamiento en sí mismo considerado, sobre sus causas, su posible prevención y/o castigo, por citar las más relevantes.

Y entre tales cuestiones, también hemos de incluir aquellas que sirvan para mejorar el sistema de respuesta social ante tales comportamientos, en especial, las que suelen etiquetarse de acoso escolar o ciberacoso, tanto por la incidencia cuantitativa como por las características que presenta, con la consiguiente desprotección para la víctima que la sufre.

A lo anterior se une el enorme potencial lesivo que alcanzan tales conductas cuando son realizadas a través de internet.

Precisamente, en ese contexto virtual y desde la perspectiva jurídico penal, se desarrollan en las siguientes líneas dos aspectos del denominado control social, íntimamente relacionadas con esta problemática. Por un lado, el carácter compacto del proceso de socialización, que impide entenderlo como diversos estadios o fases aisladas o desvinculadas entre sí; con la consecuente imposibilidad de fiar el objetivo común (socializar) a una sola de esas fases o colectivos sociales. Y, por otro, el impacto que tiene el fenómeno de la globalización sobre dicho proceso, a fin de integrar la realidad virtual del destinatario de este sistema de control social en las propias normas de comportamiento que se le quiere transmitir.

Bien entendido que con ambas propuestas solo se pretende motivar el debate sobre el reto que nos ocupa: cómo mejorar entre todos los implicados el mecanismo de respuesta

social ante expresiones violentas, en particular de ciberacoso que acompañan, con demasiada frecuencia, a nuestros escolares².

Por lo demás, también se incluye un somero análisis de las figuras penales que contiene el Código para sancionar esos mismos comportamientos. En concreto, de los artículos 172 ter, 173 y 510 CP, por ser los que tendrían que aplicarse a los responsables de los supuestos más graves de ciberacoso.

I. PROCESO DE SOCIALIZACIÓN COMPARTIDO: DERECHO PENAL COMO ÚLTIMO RECURSO

Es de todos conocido que las reglas de comportamiento vienen impuestas por la presión de grupo. Desde el mismo instante en el que nacemos y nos incorporamos a la familia y a la comunidad que nos acoge y protege, también recibimos una serie de pautas que bien podríamos catalogar como “de obligado cumplimiento”. Es cierto que en ocasiones el individuo tenderá, con mayor o menor intensidad, a liberarse de esas ataduras y parámetros de conducta. Pero no con más ahínco o interés que el que ejercerá el propio grupo para que no logre su objetivo. Este control social es común a todas las sociedades y suelen identificarse diversos niveles de intervención.

En otras palabras, el orden social se impone al individuo, forzándolo a realizar los comportamientos esperados y a omitir aquellos otros que se tengan por inapropiados o inaceptables. De manera que, con ello, muestre su conformidad o sumisión para con dichas reglas (sociales) de conducta. Esta forma de proceder no es exclusiva, ni mucho menos, del Derecho. El ordenamiento jurídico (y el ordenamiento jurídico penal en particular) solo es el máximo exponente de un entramado que está presente en todas las fases y en todos los estratos de la organización social. Incluyendo, por supuesto, a las redes sociales.

Se habla así de control social informal para referirnos a mecanismos de “armonización” que ponen en marcha entidades o colectivos sociales que ejercen esta presión de manera menos visible (escuela, familia, asociaciones, colegios profesionales, medios de comunicación, movimientos sociales, grupos de presión ...) y de control social formal para identificar aquellos otros casos en los que tales patrones de comportamiento se proponen e imponen desde entidades o instituciones dirigidas por las autoridades públicas (ordenamiento jurídico, como máximo exponente). En este último caso, el Estado también puede contar con diversas estructuras o recursos para lograr sus fines: sería el caso de la creación de leyes, de la administración de justicia conforme a esos mismos parámetros legales y/o al recurso de la policía o fuerzas de seguridad que garanticen el orden público establecido, por citar solo alguno de los más evidentes.

En este entramado, el ordenamiento jurídico “ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. Y dentro del

² Sin desdeñar otros grupos de riesgo, como pueden ser las jóvenes que sufren estos comportamientos durante el noviazgo, por parte de sus parejas. Sobre este particular: Esteve Mallent, L: La violencia de género entre adolescentes, en: La violencia de género en la adolescencia, Aranzadi, 2012.

ordenamiento jurídico como medio de control social formal, el Derecho penal solo es uno de los instrumentos de control social formal, por lo que su contenido y sus reacciones son o deben ser concordantes con todo el sistema de control social, y esta necesaria concordancia debe ser tenida en cuenta para la determinación de su contenido, para organizar y evaluar la eficacia del sistema penal y para medir la eficacia de sus reformas”³.

Si lo anterior se tiene como cierto y retomamos ahora la cuestión inicial del acoso escolar y/o ciberacoso, cabría colegir que la posible respuesta (penal) prevista para los responsables de esos hechos ha de ser coherente con el resto de medidas sociales que el grupo ha ejercido hasta el momento sobre el individuo, desde estructuras menos contundentes que los tribunales de justicia, pero igualmente implicadas en el control social de esos individuos. Y viceversa.

Y esta situación provocaría la primera reflexión: ¿existe esa correlación interna entre normas sociales y normas jurídicas, actualmente, en la sociedad española? Con esta pregunta no se pretende poner en duda el buen hacer de grupos sociales o educativos ni tampoco asignar a un colectivo (cualquiera que sea) la responsabilidad sobre un comportamiento individual que solo compete asumir a quien libremente decide ejecutarlo. Pero sí plantear la necesidad de revisar el proceso previo de control social informal, con el único objetivo de ajustar las expectativas que pueda haber respecto al Derecho penal como posible solución ante los casos de violencia escolar y de acoso, tanto físico como –sobre todo- virtual.

En otras palabras, considero conveniente advertir la insuficiencia del Derecho penal para corregir esa actividad nociva, por ser una sola de las herramientas de socialización disponibles (por mucho que sea la más contundente) para acabar o siquiera reducir de forma notable la violencia en las aulas, el acoso escolar o el ciberacoso.

Resulta obvio que estas formas de acoso se hacen presenta en múltiples ocasiones y con diverso grado de virulencia, pudiendo incluso llegar a constituir una infracción penal. De ahí la importancia de que todas las instancias de control social sean rigurosas a la hora de exigir el cumplimiento de las normas de convivencia que se tengan como válidas en sus respectivos niveles de intervención.

La solución no puede consistir –en exclusiva- en aplicar sanciones graves, entre otras cosas porque no corresponde a las instancias de control social informal gestionar tales castigos. Lo que resulta imprescindible es que el sujeto sepa que la inobservancia de las reglas conlleva –con certeza- una consecuencia negativa, una reprobación por parte del colectivo al que pertenece.

De nada sirve un reproche puntual por mucho impacto que tenga, si las más de las veces el individuo sabe que su conducta antisocial no va a ser contestada por el grupo. Sirva de ejemplo la protección del medioambiente: a pesar de contar con numerosas normas administrativas que castigan los ataques contra el medio ambiente, e incluso con diversos preceptos en el Código penal, no parece exagerado afirmar que muchos ciudadanos no

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y PÉREZ CEPEDA, A.I. (2010): “Derechos Humanos y Derecho Penal: Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”. Revista penal, N° 26, 2010, págs. 79-100, p. 80.

temen arrojar plásticos en la playa, por más que esté sancionado con una multa y pueda ser catalogado como comportamiento incívico por muchos otros conciudadanos. O despojarse sin mayor cuidado de sustancias corrosivas o altamente contaminantes en cualquier paraje natural. De hecho, no les resulta incómodo hacerlo porque no suelen encontrar contestación por parte de los demás (salvo honrosas excepciones). Y si este ejemplo no resultara adecuado, podría cambiarse por estos otros: consumo y tenencia de drogas ilegales en vía pública; prohibición de uso del móvil al volante (o el propio uso de ese dispositivo en muchos centros escolares); prohibición de aparcar en doble fila; prohibición de revelar secretos de sumario que conocemos casi en tiempo real por los periódicos; prohibición de presentar denuncias falsas (pérdida del móvil versus reclamación al seguro por robo); prohibición de usar una bicicleta sin casco; prohibición de usar patinetes por las aceras; prohibición de llevar por la calle un perro sin correa o sin bozal, según sea el peso y la raza; entre otros muchos.

La respuesta penal ante un delito medioambiental o un homicidio imprudente por un mal uso del patinete no está condicionada por el control social informal y/o formal que previamente haya desarrollado un vecino o un agente de policía local, por seguir con estos ejemplos. Y es evidente que el único responsable de los mismos será el autor de esos delitos. En ningún caso los agentes socializadores. Pero seguramente, el número de conflictos aumentaría si se fía su control, en exclusiva, a la respuesta del Derecho penal, como máximo exponente de la intervención social formal. De ahí la referencia hecha sobre el ajuste de expectativas para con esta rama del ordenamiento jurídico: el Derecho penal, por sí solo, no puede enfrentarse a estas conductas violentas o estas expresiones de acoso escolar o ciberacoso que puedan darse a través de las redes sociales.

La cuestión no es baladí por cuanto una persona, como regla general y obviando situaciones puntuales de demencia o patologías concretas, no deviene delincuente ni se muestra agresivo de un día para otro, sin más. Por eso es esencial que se analice el funcionamiento del sistema de socialización. Y que se recuerde que el Derecho penal solo debe entrar en funcionamiento “cuando han fracasado los mecanismos del control social informal que intervienen previamente y cuando el comportamiento desviado, antisocial, tiene una especial gravedad”⁴. En ningún caso puede sustituirlo.

Por lo demás, cabría resaltar que este riesgo no es nuevo y tiene, en mi opinión, algunos precedentes de muy inciertas consecuencias a medio y largo plazo. Me refiero a los problemas detectados en numerosos centros escolares entre los progenitores y los docentes respecto de la parcela concreta de labor educativa que corresponde realizar a cada uno de ellos. O a la supuesta asunción de responsabilidades sociales de carácter individual que se asignan a una ONG o entidad altruista, de forma que el individuo (o incluso el propio Estado) en cuestión parece quedar liberado de atender y/o denunciar esas necesidades o carencias básicas de quien sufre tales problemas.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y PÉREZ CEPEDA, A.I. (2010): Op. cit., p. 81.

II. CONTROL SOCIAL, ENTORNO DIGITAL Y GLOBALIZACIÓN

La segunda reflexión que quisiera proponer tiene por objeto el contexto que rodea el proceso de socialización que estamos llamados a realizar desde todas las instituciones de control formal e informal.

A nadie escapa las especiales circunstancias que caracterizan a la sociedad contemporánea, incluyendo, cómo no, también a nuestros jóvenes. Según el reciente Informe sobre oportunidades y riesgos online de los menores, realizado por FAPMI en 2019, “tanto los niños y las niñas como los adolescentes están creciendo en un ecosistema de convergencia mediática (Livingstone, 2009; Ito, Baumer, Bittanti, boyd, Cody, Herr-Stephenson y Tripp, 2010), caracterizado por una hibridación de los medios móviles e internet, así como la creciente integración de los entornos online y offline en la vida cotidiana. La experiencia digital se ha acentuado con el uso de smartphones y tabletas, así como con las Smart TVs, videoconsolas, con los smartwatches, las aplicaciones que monitorizan la actividad física y otros recursos digitales que forman parte del Internet de las cosas (Mascheroni y Holloway, 2019)”⁵.

Al mismo tiempo, ese “ecosistema de convergencia mediática” sigue sometido a los procesos tradicionales de control social que, sin duda, se están resintiendo, como es lógico, por cuanto no estaban pensados para actuar en ese entorno digital.

Retomando parte de lo dicho supra, es obvio que los colectivos sociales y estatales encargados de armonizar o socializar al individuo realizan su labor tomando como referente ‘su’ sociedad, ‘sus’ valores ... En definitiva, ‘sus’ reglas de juego. Pero el “nativo digital”, como receptor de esas normas tradicionales, también tiene acceso virtual y en tiempo real a otros mundos que no necesariamente tienen por qué parecerse al que les acoge físicamente. Esta doble vivencia genera efectos muy llamativos entre nuestros jóvenes. Sirva de ejemplo la mutación sufrida en el concepto de intimidad personal: no existe ningún parecido ni punto en común entre la noción que manejamos los adultos con la que pueda tener un adolescente. De nuevo, en su “ecosistema de convergencia mediática”, mostrarse en público es requisito imprescindible para sentirse miembro de esas redes sociales. Pero al mismo tiempo, desde la perspectiva de parte del grupo al que pertenece (generalmente, coincidiendo con aquellos que tienen asignadas las labores de control social informal) recibe mensajes que contradicen esta realidad. Y bajo ese dilema, cabe pensar que cualquier código de conducta que se base en la prohibición de participar en redes sociales o en compartir información íntima o, simplemente, en no usar un dispositivo móvil conectado a internet, tiene pocos visos de prosperar.

La situación que se quiere plasmar va mucho más allá del mero enfrentamiento entre la visión tradicional y moderna de las cosas, esto es, de la simple evolución generacional que siempre ha existido y existirá. Se trata, más bien, de denunciar la falta de referente de los actores de control social para poder actuar en consecuencia. Incluidos los actores encargados de aplicar la sanción penal, en última instancia.

⁵ FAPMI-Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, (2019). *Informe Actividades, mediación, oportunidades y riesgos online de los menores en la era de la convergencia mediática*. UPV

Retomando el ejemplo propuesto, en opinión de SIBILIA⁶, “la raíz interiorista del derecho a la intimidad, tal y como fue concebido hasta ahora, ha cambiado hacia un concepto externo de lo íntimo. Los usuarios, sobre todo los más jóvenes, buscan configurar en la red una personalidad que los defina y distinga frente a los demás. Su perfil social es el medio que usan para ser reconocidos y estimados en ese entorno virtual. Con tales acciones, decae lo introspectivo y se potencia una ‘externalización de la personalidad’. Hasta el punto de entender la pantalla de la computadora, prosigue esta autora, como una ventana siempre abierta y conectada con decenas de personas al mismo tiempo”.

Y este cambio de paradigma respecto de la intimidad, por seguir con este ejemplo, provoca un descalabro en las relaciones sociales y jurídicas que se ven compelidas a actuar, no solo en caso de conflicto, sino también a la hora de establecer pautas de conducta, conforme a los cánones propios del grupo social al que pertenece.

Como consecuencia inmediata de todo ello, surge la duda de cómo intervenir, en todos los niveles de control social, para modular este comportamiento que puede llegar a ser muy nocivo para el propio individuo y/o para terceras personas (*sexting*, difusión no consentida de relaciones sexuales mutuamente aceptadas, “retuitear” comentarios ofensivos sobre otros pero que ha creado un tercero ...). Y lo mismo ocurre dentro del ordenamiento jurídico, por más que se trate de un instrumento de control formal consolidado y dotado de diversos procedimientos de respuesta preestablecidos. Estas incertidumbres se reflejan, verbigracia, en sentencias absolutorias que niegan la comisión de un delito contra la intimidad por cuanto la víctima ha participado activamente en los hechos, rebajando los niveles de autotutela hasta el punto de no estar legitimado para solicitar amparo judicial (según la denominada “tesis del despojamiento de la intimidad”). Y nada distinto acontece entre parte de la doctrina. En concreto, MORALES PRATS⁷ ha sido muy crítico ante la incorporación al Código penal del delito de difusión de contenidos íntimos previamente compartidos –de forma voluntaria- entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de este delito (art. 197.7 CP). En su opinión, ante la “clara relajación de costumbres en materia de intimidad o, si se prefiere, de una pérdida de las normas de auto vigilancia de esas personas respecto de imágenes íntimas”, no se entiende bien por qué el derecho penal debe prestar tutela a las personas que, libremente, han decidido realizar tales envíos.

En suma, se detectan serios desajustes entre las normas sociales (y jurídicas) que trasladamos al individuo para su cumplimiento y respeto, y las que este recibe desde el mundo tecnológico en el que convive y en el que -no lo olvidemos- también se ve compelido a cumplir por exigencia de otros actores virtuales de control social.

En ese sentido, la cuestión a debatir es doble: por una parte, la necesidad de plantear un proceso de socialización que englobe reglas de conducta compatibles o aplicables a esos dos mundos que constituyen el hábitat natural del ciudadano ‘digital’ al que va destinado. Y por otra, la necesidad de someter (¿o no?) a control social el uso y manejo de los numerosos dispositivos y programas digitales que rodean a dicho ciudadano.

⁶ RODOTA, S. (2011), “Sociedad contemporánea, privacidad del menor y redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS (Dir.), *Redes sociales y privacidad del menor*, pp. 35 a 46. Citada por Orozco Pardo.

⁷ MORALES PRATS, F. (2015) “La reforma de los delitos contra la intimidad. Artículo 197 CP”, en: *Comentario a la reforma penal de 2015*, obra dirigida por G. Quintero, Aranzadi 2015, pp. 459 a 468, p. 460.

Seguramente en ambos planteamientos cabe avanzar que no existe consenso suficientemente amplio que asegure una correcta socialización del individuo en los términos que se viene utilizando hasta ahora. Y esa falta de adecuación de normas y/o esa falta de experiencia social acumulada por parte de los actores sociales encargados de realizar con éxito el proceso de socialización del individuo puede estar en la raíz de muchos de los comportamientos antisociales que estamos viendo, en especial, el ciberacoso.

De nuevo, haciendo uso del Informe emitido por FAPMI, vemos que el 33% de los menores encuestados ha experimentado alguna forma de acoso, el 26% ha recibido mensajes sexuales, el 32% ha visualizado contenidos inapropiados y dañinos en internet y el 40% ha contactado en línea con desconocidos. La muestra se compone de niños de 9 a 12 años (53%) y de 13 a 17 años (el 47% restante).

Ante estos datos, parece obvio que los colectivos encargados del proceso de socialización (control social formal e informal) no están siendo eficaces a la hora de impedir el acceso de estos niños y jóvenes a contenidos inapropiados. Y tampoco pueden evitar los riesgos asociados a los contactos online, como pueden ser los relacionados con la intimidad.

Por tanto, la cuestión que se viene planteando es si realmente esos mismos colectivos están ofreciendo (y exigiendo) unas pautas de conducta coherentes a esos niños y jóvenes, que sean válidas tanto para la vida en sociedad “tradicional” como para la realidad virtual en la que pasan buena parte de su tiempo. Incluyendo, claro está, la respuesta jurídica ante todos los conflictos finalmente generados por el uso inadecuado de internet.

A tenor de este mismo Informe, quizá la respuesta no sea muy halagüeña: se constata que priman las medidas restrictivas (quitar el móvil, limitar el tiempo de conexión, etc) frente a otras más formativas o ‘socializadoras’ si se permite la expresión, como podrían ser la correcta utilización de medios para proteger el dispositivo móvil y con él la privacidad del individuo, o la labor de enseñar a utilizar filtros que permitan comprobar la veracidad de la información disponible online (puesto que 2 de cada 3 encuestados reconoce su dificultad para hacerlo).

En definitiva, se trata de conocer e integrar ese nuevo medio digital en la ardua tarea de socialización. Pero ocurre que las características propias de ese “ecosistema de convergencia mediática”, tantas veces citado, no ayudan mucho a conseguirlo.

Así, se habla de la deslocalización, la neutralidad de la red, la descentralización del ciberespacio, como características extrínsecas propias de internet. Y puede nombrarse también su carácter universal, popular y anónimo. Todo ello, a decir de MIRÓ LLINARES, hace que el usuario alcance plena libertad “a la hora de transitar por el mismo sin fronteras, pero también sin censuras por parte de nadie. El carácter neutro de internet deriva de la imposibilidad de bloquear conexiones entre nodos en la red, lo que permite que una vez tengan acceso a internet ni siquiera el propio operador pueda impedir el acceso a una web o a un servicio elegido por el usuario”⁸.

⁸ MIRO LLINARES, F. (2011), “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 13, p. 10.

De tal forma que el individuo que se siente sometido a control social en su entorno más cercano descubre cómo, con gran facilidad y en tiempo real, puede acceder a otro entorno amigo, sin riesgo de ser fiscalizado, por la ausencia de guardián alguno.

El gran reto al que nos enfrentamos es ejercer un control social que conecte esos dos mundos en los que transitan nuestros menores. Una sociedad que sea capaz de adecuar los usos sociales válidos en el mundo real al entorno digital. O, en su defecto, que sea al menos capaz de imaginar otros resortes educativos y/o sancionadores que vayan más allá de la mera limitación temporal en la conexión a internet o en el uso de los dispositivos digitales. Pero, en todo caso, huyendo de la inacción. Porque esta última opción genera entre los individuos un efecto perverso para la convivencia: los usuarios de internet terminan por identificar la falta de norma o la ausencia de regulación coherente con la permisividad social o, incluso, con la legalidad de aquella conducta que debería perseguirse. ¿Acaso no ocurre algo así con el ciberacoso? Quizá sea más fácil examinar lo acaecido con cuestiones planteadas ya hace unos años en este mismo entorno: véase la situación vivida con la piratería musical, con la distribución de ciertas drogas ilegales, con la difusión del denominado discurso del odio, con el acceso de menores a contenidos pornográficos, por no citar la existencia de contenidos nocivos de gran toxicidad para la formación/bienestar del individuo, como pueden ser las webs que promueven la bulimia o la anorexia, entre otras muchas (sin que la enumeración de estos ejemplos pretenda ni tan siquiera equiparar conductas muy distintas entre sí y de muy diferente gravedad).

Nuestra sociedad no puede permitirse el lujo de que nuestros menores duden, siquiera por un momento, sobre la posición de rechazo que mantienen los responsables del proceso de socialización sobre conductas como las relacionadas supra. Si esto ocurriera, la respuesta penal que pueda recibir ese sujeto será incomprendida e ineficaz (en su vertiente de prevención especial, cuando menos), por percibirla como injusta, desproporcionada y/o injustificada. De ahí que se remarque, de nuevo, la necesidad de otorgar plena coherencia al proceso de control social como un todo, tanto desde las instancias informales como desde las formales, en aras a lograr una convivencia mejor.

De no ser así, las consecuencias son predecibles, por conocidas. Dado que este proceso de socialización no es unidireccional ni reduce el papel del individuo a mero receptor de la norma social que ha de acatar, resulta obvio imaginar que ese mismo miembro del grupo construya su propia representación social de todo lo que le rodea y conforma su mundo, incluyendo su propia personalidad. Y así lo confirman los estudiosos de la Psicología: el sujeto está inmerso en un proceso de creación de estereotipos, opiniones, creencias, valores y normas. Y tal proceso quedará condicionado, entre otros muchos factores, por el contexto y propio contenido (¿coherente?) del control social -formal e informal- al que dicho individuo se vea sometido.

En otras palabras, el individuo crea sus representaciones sociales desde lo que aprecia o cree ver y entender en la realidad social que le rodea. Por tanto, cabe el riesgo de que la norma aceptada sea divergente en relación a la norma impuesta, siendo que esta prevalecerá sobre aquella. De ahí la relevancia de las incongruencias que pueda contener el sistema de control social que le rodea.

KOURILSKY (citado por Hoyos Botero), define la socialización jurídica como “el proceso mediante el cual la persona asimila los principios fundamentales del Derecho que rige su sociedad, en su sistema de representaciones y de conocimientos. Y según HOYOS BOTERO, mediante este proceso “la persona haría suya su identidad jurídica, su identidad como persona del Derecho y persona de derechos. Proceso que comprende, en primer lugar, la interiorización de las representaciones dominantes del Derecho, en su cultura y, en segundo lugar, la aculturación de los conceptos jurídicos, lo que equivale a decir que en función de sus propios valores y para darles un sentido, la persona volvería a crear dichos conceptos, interrelacionando así la cultura dominante (relativa al derecho de su país) y su propia cultura, (la de su comuna o de su barrio) conformada por representaciones que se construyen mediante saberes y valores transmitidos por el grupo”. En consecuencia, prosigue esta autora, “la socialización jurídica permite –como se indicó anteriormente– que la persona haga suya su identidad como “persona del Derecho” en la sociedad en la cual vive y “persona de derechos” en tanto que va construyendo por las lecciones de su núcleo familiar y escolar mediatizadas por su propia experiencia un sistema de valores y representaciones personales”⁹.

III. LA RESPUESTA PENAL ANTE EL ACOSO Y CIBERACOSO ESCOLAR: BREVE ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES APLICABLES (ARTS. 172 TER, 173 Y 510 CP ESPAÑOL)

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 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 casos, además de seguir las indicaciones contenidas en los diversos protocolos de actuación¹⁰, el comportamiento ya será analizado bajo los criterios propios de un procedimiento judicial y, en especial, conforme

⁹ HOYOS BOTERO, C., (2013), “Representaciones sociales en el adolescente sobre la norma y el delito”. Revista *Advocatus*, número 21, pp. 161-172, p. 167.

¹⁰ En el caso concreto de la Comunidad Valenciana contamos con 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 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 Educación, investigación, cultura y deporte

lo dispuesto por el Código penal. Sin olvidar las indicaciones específicas de Fiscalía ante el acoso escolar¹¹. 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).

A. Acoso y ciberacoso escolar

Como es sabido, el Código penal español no incluye el concepto de acoso ni de ciberacoso escolar entre su articulado. No obstante, nada impide sancionar 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 cosa¹². 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) y ciberacoso, por ser esta última una versión online de la primera.

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 o ciberacoso 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, se

¹¹ Instrucción 10/2005, del 6 de octubre, sobre el Tratamiento del acoso escolar desde la justicia juvenil.

¹² TAMARIT SUMALLA, J.M. (2016): “De las torturas y otros delitos contra la intimidad moral”, en QUINTERO, G. (Dir.): *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, pp. 237-256, p. 244.

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 víctima¹³.

Por su parte, el protocolo de acoso escolar contenido en la Orden 62/2014 de la Comunidad Valenciana 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 LLINARES, 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 ciberespacio¹⁴.

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.

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).

B. Acoso y ciberacoso 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.

¹³ MIRÓ LLINARES, F. (2013): “La victimización por cibercriminalidad social. Un estudio a partir de la teoría de las actividades cotidianas en el ciberespacio”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, número 11, pp. 5 a 35, P. 63, citando a Olweus y Calmaestra.

¹⁴ MIRÓ LLINARES, F. (2013): *op. cit.*, p. 64.

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 español, 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”¹⁵.

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 España 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 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 o ciberacoso escolar. Esta obviedad, bien conocida en el contexto jurídico penal, causa verdadera confusión en otros ámbitos sociales, como ya advertimos en otros trabajos. De hecho, no son pocas las ocasiones en que los medios de comunicación identifican violencia de género con hechos concretos que, a lo sumo, serán calificados como violencia contra la mujer. Y lo mismo podría ocurrir

¹⁵ PALOP BELLOCH, M. (2018) 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*, UJI, p. 431.

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 sea responsable, en buena medida, de 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 hechos¹⁶. 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 es el caso de 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 en caso de que 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.

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; y 4) siempre que dicha violencia no sea habitual.

Y, como se ha dicho, este delito podría desarrollarse (en todo o en parte) a través de comportamientos de ciberacoso entre menores escolarizados, tal y como constatan no pocos estudios sobre la materia.

¹⁶ 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 describe bajo la expresión de ‘esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad’ MAGRO SERVET, V. (2015) “¿Cómo debe interpretarse la expresión ‘análoga relación de afectividad aun sin convivencia’ en los delitos de violencia de género?” Revista La Ley Penal, número 112, pp. 1-11, p. 2.

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 o ciberacoso 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 dentro de estas conductas delictivas.

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 o ciberacoso 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 o ciberacoso 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 CP.

C. El hostigamiento como forma de acoso o ciberacoso 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 sufre¹⁷. 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 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, 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 por más que sean inadecuados para sus necesidades reales, tener que ir acompañado en todo momento,

¹⁷ La revista *Journal of Adolescent Health* dedicó un número monográfico sobre esta cuestión: vid. Volumen 53, July 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)).

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 penal¹⁸.

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 criticada por el conjunto de la doctrina. Por mi parte, reconozco que los actos aislados que se proponen como una forma de acoso pueden resultar –si son individualmente considerados- acciones irrelevantes, cotidianas, inocuas, ... en un primer momento. También asumo que existe el riesgo de que la persona hostigada llegue a denunciar hechos irrelevantes 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.

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.

La conducta se describe, ciertamente, de forma indeterminada. 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

¹⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2016): “El delito de stalking”, en QUINTERO, G. (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, pp. 379-398.

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 consideradas. 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 afectado¹⁹.

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 de la conducta prohibida 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 o ciberacoso 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 artículo, por más que el agresor no pertenezca a la comunidad educativa, como cabe imaginar.

D. Acoso o ciberacoso en un contexto de discriminación por la orientación sexual.

En este apartado se analiza un concreto supuesto de acoso o ciberacoso 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 Comunidad 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+.

¹⁹ ALONSO DE ESCAMILLA, A, (2013), “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, *La ley penal*, número 105, pp. 1-9, p.3.

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 o ciberacoso 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+, 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 concreta²⁰ (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.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO DE ESCAMILLA, A. (2013), “El delito de stalking como nueva forma de acoso. *Cyberstalking* y nuevas realidades”, *La ley penal*, número 105, pp. 1-9.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y PÉREZ CEPEDA, A.I. (2010): “Derechos Humanos y Derecho Penal: Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”. *Revista penal*, Nº 26, 2010, págs. 79-100.
- FAPMI-Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, (2019). *Informe Actividades, mediación, oportunidades y riesgos online de los menores en la era de la convergencia mediática*. UPV.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J. (2012), “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.
- (2015), “Oportunidad criminal, internet y redes sociales: especial referencia a los menores de edad como usuarios más vulnerables”, en *Indret*, número 2, pp. 1-31.

²⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M. (2016): “De las torturas y otros delitos contra la intimidad moral”, cit., p. 242.

- GARCÍA GONZÁLEZ, J. y ESTEVE MALLENT, L. (2015), “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*, Huygens.
- HOYOS BOTERO, C., (2013), “Representaciones sociales en el adolescente sobre la norma y el delito”. *Revista Advocatus*, número 21, pp. 161-172.
- (2017) El bullying homofóbico. *Revista Nuevo Derecho*, Nº12 (20), pp. 1-19.
- MAGRO SERVET, V. (2015) “¿Cómo debe interpretarse la expresión ‘análoga relación de afectividad aun sin convivencia’ en los delitos de violencia de género?” *Revista La Ley Penal*, número 112, pp. 1-11.
- MARTINEZ OTERO, J. (2017), *Tsunami Digital. Guía para padres que no quieres naufragar en la educación digital*. Madrid.
- MIRO LLINARES, F. (2011), “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 13, pp. 1 a 55.
- (2013), “La victimización por cibercriminalidad social. Un estudio a partir de la teoría de las actividades cotidianas en el ciberespacio”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, número 11, pp. 5 a 35.
- MORALES PRATS, F. (2015) “La reforma de los delitos contra la intimidad. Artículo 197 CP”, en: Comentario a la reforma penal de 2015, obra dirigida por G. Quintero, Aranzadi 2015, pp. 459 a 468.
- PALOP BELLOCH, M. (2018) 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.
- RODOTA, S. (2011), “Sociedad contemporánea, privacidad del menor y redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS (Dir.), *Redes sociales y privacidad del menor*, pp. 35 a 46.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2016): “De las torturas y otros delitos contra la intimidad moral”, en QUINTERO, G. (Dir.): *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, pp. 237-256.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2016): “*El delito de stalking*”, en QUINTERO, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, pp. 379-398.
- VV.AA. (2012): *La violencia de género en la adolescencia*. Aranzadi.
- VV.AA. (2015): *El reto de la convivencia escolar*. Generalitat Valenciana.