



Roj: **AAP BI 1638/2022 - ECLI:ES:APBI:2022:1638A**

Id Cendoj: **48020370062022200382**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **6**

Fecha: **05/07/2022**

Nº de Recurso: **497/2021**

Nº de Resolución: **90336/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Auto**

Ponente: **JOSE IGNACIO AREVALO LASSA**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA
BIZKAIKO AUZITEGI PROBINTZIALA
OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL
ZIGOR-ARLOKO IZAPIDEEN BULEGO OROKORRA
BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta**

Tfno.: 94 401.66.68 Fax: 94 401.69.92

Sección 6ª Sekzioa

Rollo Apelación Auto/Autoen Apelazioko Erroilua: 497/2021

NIG PV/IZO EAE: 48.06.1-19/001584

Procedimiento Origen/Jatorriko prozedura: Diligencias Previas 191/2019

Jdo. de Instrucción nº 5 Getxo

Apelante/Apelatzailea: Maximiliano y María Virtudes

Abogado/a / Abokatua: NOELIA LIDUINA REBON RODRIGUEZ

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA VICTORIA GUILLEN ORTEGO

Apelado/a / Apelatua: Agueda , Onesimo , Pablo y Ana

Abogado/a / Abokatua: CARLOS MARIN PABLOS

Procurador/a / Prokuradorea: ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS

Apelado/a / Apelatua: Araceli

Abogado/a / Abokatua: SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO

AUTO N.º 90336/2022

ILTMOS/AS. SRES/AS.

PRESIDENTE D. Ángel GIL HERNÁNDEZ **MAGISTRADO** D. José Ignacio ARÉVALO LASSA

MAGISTRADA Dª Cristina DE VICENTE CASILLAS En la Villa de Bilbao, a 5 de julio de 2022.

HECHOS

PRIMERO .- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Getxo dictó en el procedimiento Diligencias Previas 191/2019 auto de fecha 19 de mayo de 2021 acordando el sobreseimiento y archivo provisional del procedimiento.



Contra este auto se interpuso por la representación de Maximiliano y de María Virtudes recurso de reforma que fue desestimado por auto de 8 de octubre de 2021, contra el cual, a su vez, se interpuso recurso de apelación, al que se ha dado la tramitación legal, siendo turnado para su resolución a esta Sección Sexta.

Expresa el parecer de la Sala, como magistrado ponente, el Ilmo. Sr. D. José Ignacio Arévalo Lassa, en virtud de providencia de reasignación de ponencia de fecha 10 de junio de 2022.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- El acierto en la resolución de la investigación penal que implica el archivo de las actuaciones depende de que los datos recabados a lo largo de la instrucción o bien la insuficiencia de los mismos sean tan elocuentes como para llegar a la conclusión de que o bien, aun teniendo los hechos denunciados, en principio, relevancia penal y aun existiendo autor conocido de los mismos, se carece de indicios o de elementos de prueba en ese momento procesal lo suficientemente sólidos como para continuar adelante (artículos 641-1º y 637-1º LECrim.: insuficiencia de elementos de juicio en la instrucción), o bien, por el contrario, los datos que se ponen de manifiesto dejan al descubierto hechos que carecen de trascendencia penal (art. 637-2º LECrim.).

Es preciso subrayar, además, que la reflexión que ha de efectuarse acerca del significado del conjunto de datos que han sido recabados es algo cualitativamente distinto de la labor de valoración de prueba que corresponde al órgano sentenciador. No se justifica el archivo del procedimiento en el Juzgado de Instrucción por la existencia de una duda razonable, que es lo que ordinariamente determina el dictado de una sentencia absolutoria, sino por la constatación de una carencia tal en relación con la entidad y consistencia de los indicios de los que se dispone que convierte en irracional la continuación del procedimiento penal. Por decirlo de otro modo, la insuficiencia en el acervo de datos incriminatorios que impide una solución final condenatoria ha de ser mucho mayor cuando es constatada por el Juez de Instrucción y determina el archivo del procedimiento, del mismo modo que, por ejemplo, para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a un imputado es exigible una mayor solidez en los elementos de prueba que la que permite la apertura del trámite de calificaciones y la simple formulación de una acusación penal.

Ni que decir tiene, además, que ese nivel de exigencia y la correlativa necesidad de exteriorización de los motivos que llevan a una decisión tan relevante, cobran especial relieve desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva.

SEGUNDO .- En pocas ocasiones ha tenido ocasión esta Sala de ocuparse de un procedimiento penal nacido de un acontecimiento tan sobrecogedor. El cuerpo del menor Severino (así será identificado en adelante, constando en el expediente su filiación) fue encontrado en la mañana del día 17 de junio de 2019 en los acantilados de DIRECCION001 . Su desaparición había sido denunciada previamente y tras el hallazgo, tras la oportuna práctica de autopsia y la investigación policial, se dictaminó la etiología suicida. De hecho, la búsqueda por esa zona atendió a las sospechas manifestadas por la familia de que el niño de 13 años hubiera decidido acabar con su vida en ese lugar. Y ya desde ese primer momento, la fuerza policial recibió del padre el menor su explicación de tan drástica determinación. En el mismo lugar en el que se procedió al levantamiento del cadáver y a la identificación manifestó que su hijo se había suicidado por el **acoso escolar** sufrido en los años precedentes. En declaración documentada en el atestado éste fue también el signo de las manifestaciones de la madre.

La Ertzaintza efectuó una investigación preliminar poniéndose en contacto con el Centro de Formación de DIRECCION006 en el que había cursado el último curso y también con la Inspección de Educación a fin de recabar cualquier información documentada en relación con los cursos anteriores en el Centro DIRECCION003 de DIRECCION002 , en el que había cursado los años anteriores; finalmente, se recogió la documentación aportada por la madre en la comparecencia policial mencionada. Una vez presentado el correspondiente atestado, se dictó auto de 20 de septiembre de 2019 de sobreseimiento libre del procedimiento a instancia del Ministerio Fiscal, al no apreciarse ningún hecho que pudiera ser constitutivo de infracción penal.

Los padres de Severino se personaron en el procedimiento ejerciendo la acusación particular e interpusieron recurso contra esta resolución, que fue reformada, igualmente a instancia del Ministerio Fiscal rectificando el criterio anterior, en auto de 17 de diciembre de 2019. La estimación del recurso fue parcial, puesto que no se acordó la práctica de todas las diligencias solicitadas por la representación de la acusación particular. Se accedió tan solo a la práctica de la declaración de la madre y la hermana del menor y de una psicóloga que lo atendía, a lo solicitado por el Ministerio Fiscal (recabar documentación tanto de la Consejería de Educación como del Centro DIRECCION003 y también testimonio de las Diligencias Preliminares abiertas en la Fiscalía de Menores a raíz del suceso), acordándose, además, de oficio, la práctica de un informe médico forense, en los términos siguientes:



" Recabar de la Clínica Forense que por perito especializado se informe sobre si el menor Severino presentaba con anterioridad a su fallecimiento lesiones de carácter psíquico que pudieran ser efecto de conductas (presuntas) de coacciones o **acoso**, en el ámbito **escolar**, que constan en las actuaciones (agresiones, amenazas, coacciones, desprecios). Se extenderá el informe a determinar, en su caso, si el origen de la decisión de suicidarse se debió o tuvo su origen en esas conductas (presumiblemente cometidas), o, en su caso, en qué medida " .

Se recibió toda la documentación solicitada, constan otros documentos que de uno u otro modo se fueron incorporando al expediente judicial, documentos médicos fundamentalmente, originales de otros que constaban por fotocopias, etc..

La declaración de la madre (folio 631) tuvo lugar con fecha 17 de febrero de 2020. No fue hasta casi un año después, el 1 de febrero de 2021 cuando, después de varias circunstancias, se amplió el número de declaraciones testificales, practicándose (folios 754 y ss.) las declaraciones del padre y la hermana, de las dos psicólogas autoras de sendos informes que obran en las actuaciones y del médico de atención primaria que atendía al menor. Y con fecha 9 de febrero de 2021 se acordó recibir declaración en calidad de investigados a Julieta , Inspectora de Educación que, según consta en la documentación aportada, se encargó de los expedientes educativos incoados con relación al menor, y de Onesimo y Ana , director y tutora, respectivamente en el Centro DIRECCION003 . En escrito presentado inmediatamente a esta providencia se interesó por la acusación particular la ampliación del círculo de investigados, admitiéndose únicamente la declaración de otras dos personas, Agueda y Pablo , directora y tutor, respectivamente, correspondientes a otros años lectivos. Las declaraciones se prestaron con fecha 26 de febrero de 2021 (folios 811 y ss.). De fecha el día anterior, 25 de febrero, es el informe médico forense que finalmente fue emitido y al que siguió, con fecha 19 de mayo de 2021, el auto de sobreseimiento provisional.

Hasta aquí el relato de la tramitación seguida y del contenido de la investigación judicial. Probablemente podrían haberse acortado los tiempos en la práctica de alguna diligencia. Puede sorprender, en este sentido, la tardanza en tomar declaración a las cinco personas investigadas, pero lo cierto es que el Juzgado de Instrucción se ha movido en todo momento sobre esta cuestión con un criterio de prudencia, valorando la razonabilidad de proceder a llamarlas a declarar en dicha condición a la vista de todos los datos recabados, por un lado, y, por otro, acordando, en el auto que inició la investigación, poniendo en su conocimiento la condición de personas denunciadas en el procedimiento en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 de la LECrim..

En cualquier caso, es importante subrayarlo, en este momento no se suscita ninguna duda sobre la conclusión de la instrucción. La acusación particular no solicita la práctica de nuevas diligencias, sino que se dicte auto de transformación de las actuaciones y se incoe el Procedimiento Abreviado frente a todas las personas investigadas.

No cabe, desde luego, concebir la prolongación de la investigación y es el momento de pronunciarse sobre las opciones establecidas en el artículo 779 de la norma procesal. En este afán, lo que sí conviene dejar claro, despejando cualquier duda que pudiera albergarse (por ejemplo, en los términos de la solicitud de informe al médico forense que hemos visto o en el escrito de impugnación del recurso de apelación del Ministerio Fiscal que califica como cuestión a probar la existencia como consecuencia del **acoso** sufrido por el menor de "un DIRECCION004 que le impulsó a quitarse la vida"), no ha sido objeto de este procedimiento en ningún momento la imputación de un homicidio, causado, bien por imprudencia grave, bien por omisión. La propia acusación particular lo ha dejado claro en varios de los escritos presentados.

TERCERO .- Nos centramos, pues, en la actuación de los responsables del centro educativo y de las autoridades educativas frente a una situación de **acoso escolar**. Descartada cualquier posibilidad de actuación concreta en el marco de la jurisdicción penal frente a los presuntos autores del **acoso** al tener una edad inferior a catorce años, siendo archivado el expediente en la Fiscalía de Menores, se trata en este otro procedimiento de determinar la posible responsabilidad penal de estas personas en relación con la situación vivida por Severino .

Posteriormente ahondaremos en consideraciones jurídicas, en este apartado entendemos pertinente dejar claro que la resolución del asunto que se eleva a nuestra consideración no precisa, en primer lugar, de un análisis exhaustivo de los incidentes en los que se vio envuelto el menor. Esos incidentes tienen reflejo en partes médicos, en escritos dirigidos por el padre al centro educativo o a la Inspección de Educación, en documentos internos de uno y otra, en anotaciones o relaciones de los padres, en las declaraciones de los padres, etc.. No es posible efectuar una relación que comprenda todos ellos, pero, lo que es más relevante, es que tampoco es posible su esclarecimiento con un mínimo nivel de seguridad y también de profundidad. La fuente de conocimiento de todos estos episodios es muy distinta en cada caso, como también lo es su entidad y significado.

Al folio 684 encontramos el parte médico judicial expedido por el médico Sr. Benjamín , que ha prestado declaración en el procedimiento, parte en el que se refiere a unos hechos acontecidos en la mañana del día

20 de octubre de 2017, en 1º ESO, constatándose tres erosiones en zona cervical como consecuencia de una agresión, reflejando el facultativo la afirmación del niño de padecer "bullying **escolar**" y estimando que "psicológicamente puede condicionar el carácter del niño". Y, finalmente, se deja constancia de que "en la exploración física presenta roto un incisivo superior de otra ocasión hace 2 años". Efectivamente, podemos ver en la documentación remitida (tenemos una constatación al folio 567) que en 5º EP, el día 4 de diciembre de 2015, consta documentado un episodio en el que encontrándose en la fila tuvo un altercado con otro alumno que al parecer le empujó, cayéndose al suelo y fracturándose un diente. Entre uno y otro episodio contamos con múltiples referencias de incidentes, la mayoría de ellos quizá no de tanta gravedad objetiva, lo que no quiere decir que no fueran capaces de generar un daño psíquico aún mayor.

En segundo lugar, y en esa misma dirección, tampoco estimamos relevante analizar en profundidad si se dan o no los requisitos para calificar la situación de Severino como un supuesto de *bullying*, **acoso escolar**, o "**acoso** o maltrato **escolar** entre iguales" en la nomenclatura administrativa educativa. La apreciación de si concurren o no los elementos típicos de los delitos contemplados en los artículos 172 ter y 173.1 del Código Penal no puede depender de si esa situación podía calificarse de ese modo y por eso sorprende la alegación en la impugnación del escrito de recurso, como una de las líneas de defensa, de que la administración educativa llegó a la conclusión de que no existía **acoso**.

Y entendemos que no es lo decisivo la indagación en incidentes concretos o detenernos en calificar o etiquetar esa vivencia porque nos basta en este momento, que no es el propio del enjuiciamiento, con algo que entendemos evidente, cual es el sufrimiento de Severino como consecuencia de los numerosos incidentes con otros alumnos en los que se sintió agredido física, psíquica o moralmente, en las múltiples formas imaginables en las que ese daño a la integridad moral puede concebirse en ese entorno y a esa edad.

Para la administración educativa y para la activación de determinadas pautas de actuación podrá ser relevante la calificación de la situación como de **acoso escolar**, para la Sala, en este punto, basta con la constatación de ese sufrimiento, que entendemos evidente a la luz de varias consideraciones.

i) El primer dato al que atender ha de venir, como es lógico, de la mano de las manifestaciones del padre y de la madre de Severino. Como las dos personas más preocupadas e involucradas en la salud y en el bienestar de su hijo fueron los inmediatos receptores de sus relatos sobre los incidentes en la escuela y observadores de su padecimiento. Reaccionaron del modo que entendieron más oportuno, tanto en lo que se refiere a la asistencia psicológica al menor como a la denuncia de los hechos en el entorno **escolar**, de modo que ha podido objetivarse toda la actuación seguida sobre el problema y, de este modo, contar con una corroboración de lo narrado por los padres en relación con lo sentido durante todos esos años.

ii) Severino fue objeto de una exploración psicológica por parte de la psicóloga Sra. Reyes, que tuvo encuentros con él a lo largo del otoño de 2017. En el informe que obra a los folios 547 y ss. aparecen, sintéticamente, dos conclusiones: índice de entre un 96-99% en cuanto a la frecuencia de las situaciones de **acoso** y a la intensidad con la que el niño percibe la situación e igualmente índice muy elevado de entre un 81-95% en las escalas de ansiedad, estrés postraumático, distimia y somatización. Se refieren estos últimos a cuestiones tales como sensación de peligro inminente, nerviosismo, irritabilidad que se proyecta sobre la familia, hipervigilancia del niño, suspicacia persistente hacia las intenciones de los demás, bajada en el tono afectivo, tristeza y estado de ánimo depresivo, dolores por tener que ir al colegio, ansiedad anticipatoria, etc.. Se concluye en la apreciación de un "**acoso** bien constatado".

iii) Como consecuencia de la evaluación de esta profesional, el menor recibió un tratamiento en el Centro FID. En el informe que figura al folio 83 se indica que "al ser el estudio psicológico y su correspondiente informe escrito de fecha tan reciente no procede volver a realizar otro a este niño, sino constatar mediante las sesiones psicológicas que nuestra observación clínica coincide con lo expresado en el informe citado". A los folios 539 y 540 aparece otro informe centrado en la explicación de la actuación terapéutica seguida, hablándose de la previsión de un tratamiento a medio-largo plazo, dada la complejidad sintomatológica descrita y advirtiendo que la mejora en el estado emocional y personal iba a ser lenta y costosa.

iv) Ha sido igualmente remitida documentación de Osakidetza. En el histórico de atenciones médicas encontramos ya con fecha de agosto de 2011 la indicación "en el cole parece que le *machacan* han hablado con el andereño ver curso siguiente cómo evoluciona la situación", que se califica como " DIRECCION005 ". También aparece la referencia de la agresión de octubre de 2017 a la que nos hemos referido con anterioridad, con la anotación añadida "refieren *bullying* desde hace 6 años". Son estas dos las intervenciones relevantes.

v) También puede estimarse reflejo de esta situación en la documentación recibida del centro y de la Delegación de Educación relativa a numerosas situaciones que fueron objeto de discusión y tratamiento, en muchas ocasiones como consecuencia del malestar del alumno transmitido por los padres.



vi) El informe médico forense tiene en cuenta todas estas fuentes de información, a las que se añaden entrevistas con responsables del centro **escolar** y también del centro de DIRECCION006 correspondiente al curso 2018-19. Aun partiendo de la "limitación derivada de no haber realizado exploración del peritado ni de existir ninguna exploración médica del mismo en épocas cercanas a los hechos", ni de existir "exploraciones psiquiátricas documentadas", se llega a las conclusiones siguientes:

-tras los testimonios recogidos, se puede concluir la existencia de una sintomatología depresiva de larga data con conductas de aislamiento social, conductas disruptivas en el hogar, manifestaciones y conductas previas suicidas, observándose disfuncionalidad en el contexto familiar y en el **escolar**;

-el menor presentó un DIRECCION007 con estado de ánimo deprimido y alteración mixta de las emociones y de la conducta, trastorno que causó con oscilaciones sintomáticas, períodos de agravamiento (episodio depresivo mayor) y de mejoría parcial;

-el estado y trastorno del menor deriva de multiproblemática que se manifiesta en el colegio DIRECCION008 de DIRECCION002 (rechazo y **acoso**) con mejoría parcial tras su cambio de centro **escolar** y reactivación con nuevos problemas en las relaciones con pares en el Centro DIRECCION006 ;

-se pueden considerar las conductas referidas de los dos centros **escolares** (agresiones, amenazas, coacciones, desprecios) al menos como concausa de la decisión de suicidarse.

Concluimos, por tanto, en que la existencia de una profunda afectación, que en la consideración médico forense llega a calificarse como trastorno, es incuestionable, y no puede quedar esta apreciación en modo alguno cuestionada por alegaciones que encontramos en el escrito de la defensa que fundamentalmente pretenden hacer valer cuantas indicaciones apuntan a la concurrencia de otras posibles fuentes de conflicto, tales como concausalidad, multiproblemática, complejidad, etc.. La posible incidencia de otros factores estresores o incluso de otros trastornos o caracteres de la personalidad, no solo no hace palidecer la relevancia del padecimiento por la situación en el centro **escolar** y es compatible con ésta, sino que incluso puede ser interpretada como un elemento que se integra en la evaluación efectuada, toda vez que, con suma frecuencia, son precisamente aquellos en quienes concurre alguna situación previa de vulnerabilidad quienes más posibilidades tienen de constituir **Onesimo** de situaciones como las que estamos analizando.

CUARTO .- La constancia de esa situación, su enquistamiento y cíclico agravamiento, la inevitable transmisión del sufrimiento del niño al de los padres y las consiguientes demandas de éstos en relación con el centro educativo propiciaron el surgimiento de un problema extremadamente delicado, en el que todo apunta a que no se encontró una solución satisfactoria. No se produjo ninguna mejoría palpable, la comunicación con los padres no fue buena y existían profundas discrepancias. Todos cuantos tenían contacto con Severino y eran conscientes de su estado podían hacer algo para contribuir a su mejora o incluso a su no empeoramiento. Seguramente habría quienes lo hicieron, como también es probable que pudieran haber hecho más. Pueden ser humanamente comprensibles estas apreciaciones y también los reproches, incluso el afán en repartir culpas, sin embargo, la Sala tiene que contemplar toda esta situación desde una perspectiva jurídica penal.

La imputación a los profesionales del centro y a la Inspectora de Educación del delito contra la libertad o la integridad moral tan solo es posible, como bien se sostiene, por otra parte, en el escrito de recurso de apelación, mediante la construcción técnica de la comisión por omisión.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 11 CP, "los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación", equiparándose a tal efecto la omisión a la acción: "a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

A tenor de lo dispuesto, por ejemplo, en la STS 537/2021, de 18 de junio, "el tipo objetivo de la comisión por omisión requiere, pues, la producción de un resultado propio de un delito de acción; la posición de garante en el omitente; que la omisión equivalga en el caso a la producción del resultado; la capacidad del omitente para realizar la acción y la causalidad hipotética".

No entramos en cuestiones relativas al elemento subjetivo, al modo en el que se plasman en esta modalidad comisiva el dolo directo, el dolo eventual y la imprudencia grave, pero sí resulta interesante reflejar el debate sobre la denominada cláusula de equivalencia, que destacan la resolución mencionada y también, por ejemplo, la STS 266/2022, de 22 de marzo, con cita de otras resoluciones.

Constata la primera que "así como el origen del deber jurídico se explica, aun cuando solo sea mediante la cita explícita de casos en los que existe, que no excluyen otros, (obligación legal o contractual de actuar y



situaciones de previa injerencia), el precepto no aporta criterios expresos para establecer la equivalencia entre la acción y la omisión". La sentencia más moderna califica como "criterio más extendido" el que entiende que, para apreciar dicha equivalencia, "habrá que pasar por la infracción del deber específico de actuar propio de la posición de garante". Sin embargo, esta misma resolución cita la anterior para referirse a posiciones más matizadas, con este razonamiento:

" Según parte de la doctrina la cuestión no podría resolverse afirmando que siempre que se infrinja un deber específico de actuar, la equivalencia será apreciable, a pesar de que ese podría ser el sentido literal del texto. Y no solo en su inciso segundo, sino también en el primero, cuando exige que la no evitación del resultado equivalga a su causación "al infringir un especial deber jurídico del autor". Esa doctrina sostiene, sin embargo, que el segundo inciso debe interpretarse como una precisión del primero, y que la exigencia de equivalencia entre la acción y la omisión subsiste como exigencia independiente.

Si se entiende que la equivalencia es un elemento distinto a la existencia del deber, se derivará, más bien, de la posibilidad de actuar, determinada en relación con la posición de dominio sobre la fuente de peligro (capacidad de ordenar una conducta o de impedirlo), y de la posibilidad de que la acción impuesta por el deber sea capaz de evitar el resultado, en una causalidad hipotética "

QUINTO .- Todas estas consideraciones proporcionan las claves para el análisis del supuesto objeto del procedimiento y para llegar a la conclusión de que la decisión de proceder al sobreseimiento y archivo del procedimiento es la correcta. No podemos apreciar la concurrencia de todos esos presupuestos de imputación propios de la comisión por omisión. Las objeciones, prácticamente en relación con todos ellos, y también los argumentos en contra, son muy evidentes.

Tenemos que ser conscientes de la naturaleza de la infracción penal y de las peculiaridades del caso concreto. Esa situación de daño moral y psíquico en la que hemos afirmado que se encontraba Severino y que podría integrar el resultado en los delitos a los que nos hemos referido era en todo caso producto de una realidad extremadamente compleja en cuanto al origen y a la naturaleza de los actos que la provocaban que, como puede perfectamente concebirse en cualquier supuesto de **acoso escolar** o *bullying*, podía comprender actitudes de desprecio o menosprecio, insultos, de ridiculización o burla, podía manifestarse de forma incluso gestual o expresarse en formas más graves de agresión física, podía también englobar episodios de carácter coercitivo e intimidatorio, incluso de hostigamiento y también, como es notorio y frecuente, conductas de exclusión y de aislamiento, dicho todo ello sin ánimo exhaustivo. La cantidad de momentos y de lugares en los que todos estos actos podían producirse es inimaginable, también es comprensible que pudieran tener lugar de modo sumamente fugaz y producir el mismo daño, dándose en el presente supuesto la circunstancia, además, de que no existía un agresor o círculo de agresores que pudieran ser determinados e identificados como tales en cuanto autores directos del delito.

Eran este tipo de actos los que podían provocar esta situación, basta para comprenderlo, por ejemplo, atender a la relación de incidentes aportada al procedimiento por la familia o la mención en los documentos **escolares** de las diversas incidencias que tuvieron lugar.

El procedimiento se dirige contra los directores del centro y tutores de Severino y también contra la Inspectora de Educación en los cursos de 5º y 6ºEP y 1º ESO, cursos 2015-16, 2016-17 y 2017-18. Es evidente que la imputación se formula en atención a los cargos y puestos desempeñados y no lo es menos que en absoluto puede atribuirse a todas estas personas la causación por omisión de tan extensa variedad de actos producidos en el entorno **escolar**. La doctrina jurisprudencial, como hemos visto, habla de la posibilidad de actuar, determinada en relación con la posición de dominio sobre la fuente de peligro, de la capacidad de ordenar una conducta o de impedirlo, algo que no puede afirmarse en el caso de los investigados. Su responsabilidad tenía otras derivaciones y actuaba en otros ámbitos, no podía exigírseles la evitación del conjunto de actos posible de esa naturaleza, algo absolutamente impensable solo atendiendo, por ejemplo, al hecho de que no estaban con el menor todo el tiempo que éste permanecía en el centro.

Es la misma posición de garantes la que resulta sumamente discutible en el supuesto, si lo que se quiere es conectar la inactividad de los investigados con el amplio conjunto de comportamientos que están en el origen de la situación de **acoso**. La STS 266/2022 antes mencionada afirma que "hay que advertir que no siempre se presenta con la nitidez que fuera de desear y que habrá que estar a la situación y circunstancias que se den en cada caso para determinar si concurre o no, y es que de la presencia de la posición de garante depende la equiparación de la omisión a la propia causación positiva del resultado, de ahí la importancia de precisar los casos en que concurre, que, por razones de seguridad jurídica, deberá limitarse a los más inequívocos, dejando fuera los que no le sean, en observancia del principio *in dubio pro reo* ".

En la práctica judicial, la comisión por omisión es apreciada en supuestos en los que el curso causal de los acontecimientos presenta una sencillez infinitamente mayor, referidos a un único autor inmediato y una única



persona en posición de garante, en un entorno mucho más reducido y controlado, supuestos que nada tienen que ver con el nuestro.

Debe ser precisado el alcance de su deber de actuación. En el escrito de recurso se indica que la situación vivida por Severino exigía "una conducta, como mínimo, diligente y dirigida a preservar la salud del menor, así como protegerle ante las constantes agresiones verbales, físicas, etc., que venía soportando injustamente" y se afirma también que no era suficiente con las "típicas acciones ordinarias (....) tales como la supuesta vigilancia en patios y pasillos" o, simplemente, "prestar más atención" u "observar en el aula el comportamiento de los alumnos". Se da a entender que esta labor sí se hacía o, al menos, que se dio la consigna de llevarla a cabo, pero se entiende que no fue suficiente porque la situación no mejoró.

La Sala se pregunta, no obstante, de qué otro modo que no fuera el de extremar la vigilancia en las distintas actividades del menor en el centro educativo podrían ser evitados actos como los indicados, en una labor que, por la complejidad que hemos señalado, además de que no solo concernía a los investigados, podía, efectivamente, no ser suficiente.

Probablemente la defensa apelante es consciente de todas estas consideraciones, porque, situando el debate en otra dimensión, efectúa otro tipo de alegaciones en las que, sin embargo, apreciamos una cierta inconcreción. Se dice que la situación requería de una "actuación inmediata" o de "medidas extraordinarias" o de la adopción de "medidas urgentes", sin que se llegue a precisar en qué consiste una y otras y qué es lo que se imputa en este sentido a los directores, tutores e inspectora. Es en el apartado dedicado específicamente a valorar la responsabilidad por omisión donde encontramos las imputaciones de mayor calado:

" El profesorado y el equipo directivo ostentan por tanto la condición de garantes de la integridad moral del menor acosado, por lo que su inactividad ante la repetición de conductas vejatorias constituye sin duda el incumplimiento de una obligación legal ".

*" En estos casos, el profesorado podrá ser penalmente responsable como autor de un delito por omisión cuando teniendo conocimiento de la situación de **acoso** no puso los medios que habrían evitado o habrían dificultado el resultado lesivo, infringiendo así la obligación legal de actuar que le correspondía en función de su posición de garante del bien jurídico protegido ".*

Se alega "inactividad" cuando antes se había reconocido que sí se habían llevado a cabo "actuaciones ordinarias" que, aunque se estimen insuficientes, la Sala sí considera relevantes. Se habla del "profesorado y el equipo directivo", indicación que abarca a un espectro mucho mayor que el que constituyen los cinco imputados. Y también hemos de notar que inicialmente tan solo se dirigió la imputación contra la inspectora y contra la directora y tutora de 5º y 6º EP.

Esa imputación tan genérica se advierte no solo en cuanto a los sujetos de los que se afirma la inactividad, sino también en la dispersión en las alegaciones sobre lo que se entiende que debía hacerse y no se hizo: sancionar las conductas acosadoras, activar y aplicar de manera correcta el protocolo contra el **acoso escolar**, dar aviso a las instancias correspondientes, adoptar medidas disciplinarias, reunirse con las familias de los agresores, asegurar la intervención coordinada de todos los profesionales de la educación, etc., todo ello para concluir, esta vez, sí, concretando más en el aspecto subjetivo, que "la actuación de los investigados fue negligente y, por ello, contribuyó a que se perpetuara en el tiempo la situación de **acoso escolar** hacia Severino ".

SEXTO .- Hemos de partir, pues, sin mayor concreción, de la alegación de la acusación según la cual conociendo los investigados la situación de **acoso escolar** no hicieron lo que entraba dentro de sus atribuciones y estaban obligados a hacer en su posición de garantes para atajarla, perdurando el sufrimiento del menor. Partiendo de que, como se ha dicho, esas obligaciones no podían alcanzar a cualesquiera actos eficientes para evitar cualquier manifestación de **acoso** u hostigamiento, y admitiendo en todo caso que el nivel de exigencia y de obligación era superior en los investigados con relación al resto del profesorado y personal del centro (en otros supuestos de la práctica judicial se constata que se extiende la denuncia a los miembros del equipo directivo), la Sala no puede mostrarse conforme con esa alegación de inactividad o pasividad.

En un grado estimable, tanto por parte de las personas responsables del centro como de la inspectora, se llevaron a cabo, dentro de sus respectivas competencias, actuaciones destinadas de forma decidida a abordar el problema. Actuaron con la intención de hacer frente a un problema que ya se había manifestado y no por el hecho de que, como se ha indicado, no se obtuvieran los resultados deseados, se abre paso la posibilidad de apreciación de una infracción penal.

Los investigados no comparecen en esta condición en el procedimiento por una supuesta dejación en funciones de vigilancia, de control del alumnado, de ejercicio inmediato de la potestad disciplinaria en el aula o en otros espacios del centro, o similares. Las obligaciones que se entienden incumplidas se refieren a otro tipo de actuaciones, algunas de las cuales ya han sido indicadas, actuaciones que son ajenas al control directo e



inmediato del alumnado y que tienen que ver con el análisis y reflexión sobre la situación, activación de normas previstas en estos casos, reuniones para abordar el problema, determinación de pautas a seguir y otras de esta naturaleza.

Esta actividad, en mayor o menor grado, sí se llevó a cabo. Se hizo lo que se podía hacer dentro de esas atribuciones y competencias. Que siempre se puede hacer más y mejor ya lo hemos señalado y lo hacemos extensivo a esta concreta labor, ahora entendemos oportuno destacar que, del mismo modo que, como hemos subrayado, estamos ante una situación muy compleja y delicada en cuanto a la capacidad de actuación, y también con los contornos de la posición de garante muy difuminados, también, volviendo a las consideraciones jurídicas, entendemos sumamente vidioso y cuestionable el establecimiento de la causalidad hipotética a la que hace referencia la doctrina jurisprudencial de la que nos hemos ocupado. La actuación que cabía esperar y exigir correspondiente a sus respectivos puestos a los investigados podía o no dar el fruto deseado, podía o no ser capaz de evitar el resultado o mitigar en algún grado la situación. El hecho de que fracasara, lo cual, lógicamente, había de desatar la disconformidad y el rechazo de los denunciadores ante la actuación seguida, enrareciendo todavía más la relación, no tiene por qué llevarnos a hacer a aquéllos responsables penalmente por la persistencia del sufrimiento en el niño.

Contrariamente a lo que se indica en el escrito de recurso, y, como, por otro lado, no es controvertido, sí se comunicó la situación. Como procedía, los hechos se pusieron en conocimiento de la Inspección de Educación y se abrieron los pertinentes Protocolos. Existe en las actuaciones abundante actuación que lo corrobora.

El procedimiento es similar en cada uno de los años lectivos. La Dirección del Centro establece un contacto con la familia que comunica diversos hechos en relación con el menor, contacto que se documenta en un "Acta de la Reunión con la Familia" en la que se acuerda la apertura del Protocolo de Maltrato entre Iguales, poniéndose en conocimiento de la Inspección de Educación.

En febrero de 2016, en 5ºEP, se abrió el Protocolo como consecuencia de diversas incidencias manifestadas por los padres, entre ellas lo acontecido con fecha 4 de diciembre de 2015, con la rotura del diente a la que nos hemos referido. En marzo de 2017, en 6ºEP, la mecánica es la misma, con motivo esta vez de un incidente de Severino con dos alumnos en la clase de matemáticas. En 1ºESO, como consecuencia, lógicamente, del incidente reflejado en el parte médico del 20 de octubre de 2017, se abrió en ese mes el tercer protocolo.

En cada uno de los tres casos se documenta una reunión de la Dirección con la familia (en la que corresponde a 1ºESO consta la participación de la responsable de Orientación y del tutor) y una segunda reunión inmediata a la anterior en la que participan los responsables del centro, en la que, además, tenían participación otras personas distintas del Director o Directora y tutores, tales como la psicóloga o el Jefe o Jefa de Estudios de etapa. La apertura de cada uno de estos protocolos daba paso a un período de análisis y evaluación que concluía, en todos los casos, con un informe de la investigada Inspectora de Educación.

Ha de resaltarse el detalle y la minuciosidad en todas las actas en la recepción de todas las circunstancias implicadas la apertura de los protocolos y la explicación y determinación de las medidas a seguir. Particularmente compleja y minuciosa es la documentación relativa al tercero de los protocolos (folios 602 y ss. de las actuaciones).

No puede compartir la Sala las quejas que manifiesta la parte apelante en cuanto a esta tramitación. Se dice, en primer lugar, que los protocolos se hacían mal, que no se rellenaban bien ni firmaban y que aparecían sin sellos, tratándose de aspectos puramente formales que no consta tuvieran ninguna incidencia en la sustanciación conforme a las pautas normales, por lo que no cabe concluir que por este motivo se "impidió que desplegara eficacia a fin de proteger al menor y frenar de inmediato la situación de **acoso escolar** que se estaba produciendo".

En segundo lugar y de modo mucho más relevante, no puede concederse la relevancia que se otorga al hecho de que en todos los casos la Inspección concluyera en su informe que no podía hablarse de una situación de **acoso** o maltrato entre iguales. La acusación dice que "los investigados de DIRECCION003 y la Inspectora de zona siempre negaron la situación de **acoso escolar**" y que "lo más probable es que si se hubiera reconocido como tal (.....) y se hubieran adoptado las medidas urgentes que precisaba, hubiera podido ponerse fin al **acoso** y reconducir la situación".

No podemos admitir esta alegación. El hecho de que a la conclusión del expediente se dictaminara por la Inspectora que, de acuerdo con los estándares y parámetros manejados en el tratamiento de estos asuntos, no podía hablarse de **acoso** no significa, ni mucho menos, que ni ella ni los investigados desconocieran o se desentendieran de la situación por la que atravesaba Severino denunciada por sus padres. Las medidas se analizaron y se determinaron al inicio de cada expediente y a su finalización, con independencia de la conclusión a la que se llegó.



Con la apertura del protocolo se activaban medidas que aparecen detalladas en cada reunión y también en las declaraciones de los investigados, así como en el informe de la Inspección, medidas tales como reuniones con tutores, tratamiento en el Equipo Directivo, información al conjunto del profesorado para la observación y seguimiento, tutorías grupales e individuales con los alumnos implicados, seguimiento por la psicóloga del centro y muchas otras del estilo.

Según aparece con claridad en los respectivos informes, los mismos en los que se concluía en la inexistencia de datos para afirmar la situación de maltrato o **acoso**, existía un seguimiento mensual por parte de la directora y la tutora con supervisión de la Inspección y al cierre se proponía la continuación del seguimiento del caso con una evaluación periódica de las medidas tomadas por el centro.

En todos estos documentos se atiende a las reclamaciones de los padres, reflejándose cuál su postura y también con toda su crudeza su malestar con la actuación del centro, así como también las discrepancias de los responsables de éste con algunas actitudes y decisiones de aquéllos. La comunicación con el centro y la atención de éste a las quejas era fluida, se mantuvo por diversos cauces y no existía en absoluto un desentendimiento, lo que no quiere decir que hubiera en todo momento buena sintonía.

Constituye igualmente un dato a tener en cuenta que en los informes de la Inspección se concluía en que la actuación del centro educativo se ajustó en todo momento a lo determinado en los protocolos de actuación en estos casos, concretamente en la denominada "Guía de actuación ante casos de **acoso escolar**". Del mismo modo, toda esta documentación aportada a las actuaciones acredita la continuidad en el trabajo, dedicación y profundidad en la atención prestada al caso por parte de la Inspectora de Educación. Por resumir en cierto modo la situación, en el último de los informes, de fecha 19 de febrero de 2018 (folio 620), se vuelve a concluir en que "según los datos y evidencias recogidos, la situación no puede ser considerada como un caso de **acoso escolar**", pero, a continuación, se repara en "el comportamiento perturbador del alumno en el hogar referido por la familia" y en que éste "se puede entender como síntoma de su malestar", teniéndose en cuenta, además, "los incidentes registrados durante los tres últimos años y el convencimiento del padre y de la madre de que existe un **acoso** permanente", todo ello para llegar a la conclusión de que "familia y centro comparten la necesidad de ayudar a Severino prestándole una especial atención y en colaboración" y a la determinación y compromiso del equipo docente de presentar un plan específico para que la situación pueda reconducirse, "dado que las medidas adoptadas hasta el momento no han conseguido el resultado esperado", plan "para poder responder a las necesidades de este alumno" que "contará con la supervisión y seguimiento de esta Inspección de Educación hasta que la situación de **acoso** haya sido reconducida".

En definitiva, sí es cierto que se siguió estimando que no existía **acoso escolar**, pero no puede aceptarse que no se prestara atención a la situación del niño y a las demandas de la familia y que no se adoptaran medidas para hacerle frente. Desgraciadamente, por múltiples factores y circunstancias, ni llegó a existir esa buena relación con los padres ni, lo que es más importante, se produjo una mejora en el estado de Severino.

La tercera de las quejas a las que nos hemos referido se refiere a la actuación del centro con los alumnos agresores y con sus familias. Se dice en el escrito de recurso, aun sin señalar ningún caso concreto, que no consta que se aplicara debidamente por el centro **escolar**, como era obligado para los investigados, el procedimiento corrector de conductas a los agresores del menor fallecido y que no consta prueba documental alguna de sanción ni medida correctora durante todos esos años a los agresores y también, finalmente, que no constan reuniones con las familias de los menores agresores. Nuevamente hemos de discrepar. Aun prescindiendo del hecho de que no de todos los incidentes se tenía la misma constancia o grado de conocimiento objetivo y de que, como hemos señalado, tampoco se detectó un agresor o grupo de agresores determinado y reincidente en la agresión a lo largo del tiempo, sí que existe en la documentación un rastro inequívoco de una actuación del centro en este sentido. Con ocasión de la apertura del primer protocolo, por ejemplo, se anota en el acta de reunión con la familia (folio 567), como una de las medidas inmediata a tomar, la reunión con las familias de hasta seis menores, que son los relacionados en los hechos narrados por la familia. También se refleja la misma determinación al folio 570 en el acta de la reunión en el centro. En el informe de la Inspección relativo a ese primer protocolo se señala que "en cuanto a los presuntos agresores, éstos aceptaron su participación en los distintos incidentes ocurridos" y también lo siguiente:

" Sus conductas fueron corregidas conforme al Decreto 201/2008 que regula los derechos y deberes del alumnado, de manera especial la contemplada en el capítulo III, vías alternativas para la corrección de conductas, y en colaboración con su familia. En concreto el centro aplicó el protocolo de actuación interno, consistente en realizar una reflexión individual con cada uno de los alumnos, trasladar dicha reflexión por escrito a las familias y finalizar con un acto de reconciliación ".

La misma determinación de reunión con las familias se tomó en el curso siguiente con relación a un incidente en el que habrían participado dos alumnos (folio 587) y, por lo que se refiere a 1º ESO, podemos leer, por ejemplo,



en el informe de Inspección (folio 619) que "se han tomado medidas educativas con los alumnos implicados, aplicando en uno de los casos el procedimiento ordinario para la corrección de la conducta agresiva".

El grado de concreción y aplicación efectiva de todas estas decisiones que se encuentran documentadas lo desconocemos y no lo podemos verificar. En cualquier caso, y a modo de conclusión final en este apartado, volviendo a lo indicado en su parte inicial, se constata una actuación suficiente por parte de los investigados, dentro de sus competencias, que impide hablar de la omisión en sentido jurídico penal, todo ello, más allá de las dificultades de concreción de la posición de garante, capacidad de acción y curso causal a las que ya nos hemos referido.

Y es que, profundizando en esa consideración jurídica, y reparando nuevamente en la denominada "cláusula de equivalencia", entendemos que se trata de un supuesto claro de no concurrencia. Dice el texto legal que la no evitación del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, ha de equivaler, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. Antes hemos indicado que los supuestos en los que suele apreciarse esta modalidad comisiva nada tienen que ver con la complejidad del que analizamos. Ahora añadimos que, en el plano axiológico, a la luz de todas las consideraciones precedentes, constituiría una desproporción notable la equiparación de la conducta de los investigados a la de los autores inmediatos del mismo modo en que tiene lugar en esos supuestos típicos de apreciación de la comisión por omisión.

El recurso ha de ser, pues, objeto de desestimación.

SÉPTIMO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dentro de la legislación orgánica, procesal y penal,

LA SALA ACUERDA

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Maximiliano y María Virtudes contra el auto de fecha 19 de mayo de 2021 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Getxo en el procedimiento de Diligencias Previa 191/2019, y en consecuencia, **CONFIRMAR** el mencionado auto, con declaración de oficio de las costas del procedimiento.

Contra la presente resolución no cabe la interposición de recurso alguno de carácter ordinario.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por este Auto, del que se unirá la pertinente certificación al rollo, juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
