

Cuestiones que plantea el tratamiento del acoso escolar en la normativa y protocolo del País Vasco

/

Issues raised by the treatment of bullying in the regulations and protocol of the Basque Country

María Isabel Cadenas García †¹

Abogado del Estado

DOI

<https://doi.org/10.23824/ase.v0i33.668>

Resumen

El presente trabajo aborda el estudio del tratamiento del acoso escolar en la normativa y protocolo del País Vasco con la intención de ofrecer algunas orientaciones a los problemas que suscita su aplicación. En concreto se plantea si el protocolo es de aplicación sólo en los centros públicos o también en los centros privados y si se entiende que las actuaciones que este contempla pueden considerarse que constituyen la información previa prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Asimismo, se analizan la posibilidad de acceso a las actuaciones que constituyen esta información previa, la forma en que se deben realizar las actuaciones contempladas en el protocolo, el plazo para la celebración de la primera reunión prevista en este, la posibilidad de grabación de las reuniones que constituyen actuaciones previstas en el protocolo y la aplicabilidad de los principios y garantías del procedimiento administrativo a estas actuaciones previstas en el protocolo.

Palabras clave: acoso escolar, protocolo, centros públicos, centros privados,

¹ La abogada del Estado, Isabel Cadenas García falleció el mes de enero de 2020 tras haber sido revisado el documento que nos había remitido. DEP (La redacción)

información previa, acceso a la información, grabación, plazo, garantías.

Abstract

This work addresses the study of the treatment of bullying in the regulations and protocol of the Basque Country with the intention of providing some guidance to the problems raised by its application. In particular, it asks whether the protocol applies only in public centers or also in private centers, whether the actions covered by it are understood to constitute the prior information provided for in Law 39/2015 of 1 October. It also discusses the possibility to access the actions that constitute this prior information, how the actions referred to in the protocol should be carried out, the deadline for holding the first meeting under the protocol, the possibility to record the meetings that constitute actions provided for in the protocol and the applicability of the principles and guarantees of the administrative procedure to these actions provided for in the protocol.

Key words: bullying, protocol, public centers, private centers, prior information, access to information, recording, deadline, guarantees.

I. INTRODUCCIÓN: NORMATIVA ESTATAL Y DEFINICIÓN DE ACOSO ESCOLAR.

El artículo 27.2 de la CE, que dispone que “*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”, es el marco en el que ha operado la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa, que desarrolla dicho precepto.

Resumiendo las citas a las Leyes anteriormente referidas, Cadenas García (2019) destaca que las Exposiciones de Motivos de estas Leyes Orgánicas no se refieren expresamente al acoso escolar pero sí que reconocen que las propias Leyes incorporan los principios que favorecen el ejercicio de la tolerancia y de la libertad, dentro de los principios democráticos de convivencia y la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos.

En efecto, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa, recoge tales principios en el artículo 1.c) y k). Asimismo, reconoce entre sus fines la educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos (artículo 2.c) de la LOE). También enumera entre las funciones del profesorado, la contribución a que las actividades del centro se desarrollen en un clima de respeto, de tolerancia, de participación y de libertad para fomentar en los alumnos los valores de la ciudadanía democrática (artículo 91.g) de la LOE). Contempla normas de organización, funcionamiento y convivencia en el artículo 124 de la LOE. Incorpora como competencias del Consejo Escolar, entre otras, proponer medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro, la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de trato y la no discriminación, la resolución pacífica de conflictos, y la prevención de la violencia de género (artículo 127.g) de la LOE). Reconoce que el Claustro de profesores tiene, entre otras funciones: proponer medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro (artículo 129.j) de la LOE) y que el Director tiene entre otras competencias, favorecer la convivencia en el centro, garantizar la mediación en la resolución de los conflictos e imponer las medidas disciplinarias que correspondan a los alumnos y alumnas, en cumplimiento de la normativa vigente, para

lo que se promoverá la agilización de los procedimientos para la resolución de los conflictos en los centros (artículo 132.f) de la LOE).

La Disposición adicional vigesimoprimera, referida a los “*Cambios de centro derivados de actos de violencia*”, prevé que “*Las Administraciones educativas asegurarán la escolarización inmediata de las alumnas o alumnos que se vean afectados por cambios de centro derivados de actos de violencia de género o acoso escolar. Igualmente, facilitarán que los centros educativos presten especial atención a dichos alumnos.*”

Nuestros Tribunales de Justicia contemplan el acoso escolar o bullying en diversas sentencias, que lo analizan desde la perspectiva jurídica pero también educativa y sociológica.

Muy ilustrativa de la consideración de este fenómeno en nuestros tiempos, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 16 de septiembre de 2014 (AC 2015\1056), que resumidamente considera que los adultos minimizan la importancia del acoso escolar o bullying al comparar este comienzo del siglo XXI con la escuela en el siglo XX, sin tener en cuenta los grandes cambios que ha experimentado la sociedad en estas últimas décadas. La sentencia resalta las diferencias entre estas épocas en el tamaño de los centros escolares (más grandes los actuales), en las relaciones con el alumnado y de los alumnos entre sí (más distantes y con disciplina más rígida antes, en la actualidad han disminuido), en la escolarización (antes no era obligatoria hasta los 16 años, en la actualidad es obligatoria hasta los 16 años) y en el absentismo (antes era más frecuente e incontrolado, ahora el control es obligatorio) (Cadenas García, 2019).

Los Tribunales de Justicia definen en diversas sentencias lo que se entiende por acoso escolar o bullying. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de fecha 21 de abril de 2017 (AC 2017\632), sostiene que el acoso escolar o bullying “*requiere para poder definirse como tal, según autorizada definición doctrinal, una serie de actos o incidentes intencionales, de naturaleza violenta -constitutivos de agresión física o psíquica y caracterizada por su continuidad en el tiempo- dirigidos a quebrantar la resistencia física o moral de otro alumno, que tienen lugar entre alumnos menores de edad, cuando se hallan éstos bajo la vigilancia y guarda de un centro educativo.*”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 16 de septiembre de 2014 (AC 2015/1056) indica que

Según la Instrucción de la Fiscalía 10/05, se puede considerar el acoso escolar como el catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o varios alumnos sobre otros susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar en su caso su resistencia física y moral.

Es en el ámbito escolar donde se produce la situación que altera el estado psicológico del menor, que ha de darse con carácter de cierta permanencia o prolongación temporal y que ha de conducir a una situación psicológica de debilidad que anule o quebrante su resistencia física o moral. (Cadenas García, 2019).

La doctrina jurídica se pronuncia en los mismos términos. En efecto, Rodríguez Amunátegui (2007, p. 65) considera que se pueden integrar dentro del acoso escolar las conductas de agresión física, psicológica o moral de un grupo de alumnos sobre otro u otros. González Pérez y Santiuste Bermejo (2004, p. 362) parten de la definición de Olweus (1978): *“un alumno es agredido o se convierte en víctima cuando está expuesto, de forma repetido y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro alumno o varios de ellos”*.

II. NORMATIVA EXISTENTE EN EL PAÍS VASCO.

En concreto, en el País Vasco se encuentra vigente la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca, modificada en los artículos 31 y 34 por la Ley 3/2008, de 13 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Escuela Pública Vasca.

El artículo 17 de dicha Ley 1/1993 prevé que:

- 1. Para facilitar el ejercicio del derecho a la educación descrito en el presente título, los centros de la escuela pública vasca fomentarán el desarrollo de la convivencia escolar.*
- 2. En aplicación del principio que se contiene en el apartado anterior, los miembros de la comunidad escolar asumirán los derechos y obligaciones que se establezcan para cada uno de ellos en el reglamento de organización y funcionamiento del centro.*

El artículo 31.2.g) establece que corresponde, entre otras funciones, al órgano

máximo de representación: *“g) Conocer y en su caso revisar las medidas correctoras en materia de convivencia en los centros escolares, de acuerdo con las normas que regulen los derechos y deberes del alumnado.”*

El artículo 34.f) dispone que corresponde, entre otras funciones, al Director:

f) Favorecer la convivencia en el centro, garantizar la mediación en la resolución de los conflictos e imponer las medidas correctoras que correspondan a los alumnos y alumnas en cumplimiento de la normativa vigente, sin perjuicio de las competencias que, en este tema tenga atribuidas el órgano máximo de representación del centro. A tal fin se promoverá la agilización de los procedimientos para la resolución de los conflictos en los centros.

Como consecuencia de la Ley 3/2008, de 13 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Escuela Pública Vasca, se ha dictado el Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que supone la reforma del anterior Decreto 160/1994, de 19 de abril, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a fin de adecuarlo al nuevo régimen de competencias de los órganos de gobierno de los centros en materia de convivencia y disciplina.

La Exposición de Motivos del Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, explica resumidamente su contenido indicando que *“El objeto de este nuevo Decreto es la regulación del marco de convivencia en el que los alumnos y alumnas han de aprender a ejercer sus derechos y a cumplir sus deberes adquiriendo las competencias necesarias para integrarse en la sociedad como ciudadanos y ciudadanas de pleno derecho. Se trata, por una parte, de favorecer positivamente la convivencia de acuerdo con planes que los centros docentes deben incluir en sus Proyectos educativos. Por otro lado, se quiere convertir el proceso de corrección de las faltas, regulado en el Decreto anterior en un instrumento esencial para la adquisición de la «competencia social y ciudadana» incluida entre las competencias básicas de los currículos escolares. (...).*

Es en los Capítulos III y IV donde se incorporan las modificaciones impuestas por la Ley 3/2008, de 13 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Escuela Pública Vasca: el director o directora es responsable de garantizar la convivencia aplicando

las medidas correctoras necesarias, mientras el Órgano Máximo de Representación o el Consejo Escolar conocen y pueden revisar, si procede, las decisiones del director o directora.

Estos capítulos son los que incluyen las mayores modificaciones con respecto al Decreto anterior. Se mantiene el objetivo de asegurar al alumnado un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades, como exige la Ley de la Escuela Pública Vasca, con las garantías procedimentales necesarias y con total respeto a los principios de legalidad, tipicidad y audiencia contradictoria. A la vez, se introducen vías alternativas al procedimiento, a las cuales se dedica totalmente el Capítulo III. Estas vías tratan de evitar la asimilación del proceso educativo de corrección de la conducta a un procedimiento sancionador de carácter administrativo o penal que puede llegar a convertirse en un conflicto jurídico entre el centro docente y el alumno o alumna y, sobre todo, pretenden conseguir que cualquier medida de corrección mantenga su valor educativo, en el sentido, antes mencionado, de adquirir unas competencias básicas. (...)”.

Con posterioridad, en septiembre de 2011, se aprobó por parte de la Consejera de Educación, Universidades e Investigación la guía de actuación en los centros educativos ante el maltrato entre iguales, que recoge los objetivos y la filosofía del Decreto 201/2008 y que respeta el fondo y la forma de los preceptos que en él aparecen. La guía incluía el correspondiente protocolo de actuación ante el maltrato entre iguales.

Esta guía se ha renovado en varias ocasiones, siendo la versión más reciente la publicada en noviembre de 2015.

La guía proporciona orientaciones y criterios de actuación para los centros docentes, aunque no tiene carácter preceptivo porque no es una norma de obligado cumplimiento. Por esta razón, el 18 de enero de 2016 se publicó la Resolución de la Viceconsejera de Educación sobre las Instrucciones que regulan la aplicación del protocolo de actuación ante situaciones de acoso escolar en los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, norma cuya obligatoriedad de cumplimiento para los centros docentes del País Vasco se analizará en el siguiente apartado. Esta Resolución de la Viceconsejera es la que habitualmente se denomina protocolo del acoso escolar.

La Resolución sobre las Instrucciones que regulan la aplicación del protocolo de actuación ante situaciones de acoso escolar ha tenido una actualización el 11 de octubre de 2019. Es la que está actualmente en vigor.

III. OBLIGATORIEDAD DEL PROTOCOLO PARA TODOS LOS CENTROS EDUCATIVOS PÚBLICOS Y PRIVADOS O SOLO PARA LOS CENTROS PÚBLICOS.

En primer lugar, la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca establece, en su artículo 1, que:

1. El conjunto de centros públicos que imparten la enseñanza no universitaria configuran la escuela pública vasca.
2. Son centros públicos, a los efectos de la presente ley, aquellos cuya titularidad corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, y, en los términos recogidos en la disposición adicional décima, los centros de titularidad de las Corporaciones locales.
3. La escuela pública vasca contará con servicios específicos de evaluación, investigación y de apoyo a la educación; su ámbito de actuación será el conjunto del sistema educativo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
4. La escuela pública vasca llevará a cabo su actividad en el marco de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de la presente ley, así como de las normas que la desarrollen.

Dicha Ley, por tanto, tiene como destinatarios los centros públicos que imparten la enseñanza no universitaria.

Como ya se indicó, como consecuencia de la Ley 3/2008, de 13 de junio, de segunda modificación de la Ley de Escuela Pública Vasca, se ha dictado el Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El artículo 1 de dicho Decreto 201/2008, de 2 de diciembre dispone que:

- 1. El objeto del presente Decreto es la regulación, en los centros docentes, del marco de convivencia en el que los alumnos y alumnas, mediante el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que en él se recogen, así como mediante el respeto a los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa, aprendan a convivir en una sociedad democrática, plural, tolerante e igualitaria, de acuerdo con los fines que a la actividad educativa*

atribuyen las leyes.

2. El presente Decreto será de aplicación en todos los centros docentes de enseñanzas no universitarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco sostenidos total o parcialmente con fondos públicos.

Dicho Decreto tiene, por tanto, como destinatarios los centros docentes de enseñanzas no universitarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco sostenidos total o parcialmente con fondos públicos.

La guía de actuación en los centros educativos de la Comunidad Autónoma del País Vasco ante el acoso escolar se justifica en que *“...se hace necesaria una nueva modificación y adaptación de ésta a la nueva realidad normativa, que recoja los objetivos y la filosofía del Decreto 201/2008, y que respete el fondo y la forma de los preceptos que en él aparecen”*.

En la medida en que la guía de actuación que contiene el protocolo pretende recoger los objetivos y la filosofía del Decreto 201/2008 y respetar el fondo y la forma de los preceptos que en él aparecen, se considera que se ha de entender igualmente que el propio protocolo pretende respetar el precepto relativo a los destinatarios, es decir, que cuanto menos se ha de entender, como contempla el Decreto 201/2008, que se dirige a los centros docentes de enseñanzas no universitarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco sostenidos total o parcialmente con fondos públicos, esto es, a los centros públicos y privados concertados.

En cuanto a si se dirige también a los centros privados, se ha de hacer notar que ni el protocolo ni la Resolución de 11 de octubre de 2019 de la Viceconsejera de Educación, limitan la indicada obligatoriedad del protocolo a los centros docentes de enseñanzas no universitarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco públicos. Se podría interpretar que, puesto que la guía de actuación que lo contiene trata de recoger los objetivos y filosofía del Decreto 201/2008, obliga sólo a los mismos centros destinatarios del citado Decreto, los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos.

Ahora bien, comparando este protocolo con otros de otras Comunidades Autónomas, se observa que los protocolos de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Castilla y León (Orden de 20 de junio de 2011 por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos

y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas que incluye el Protocolo de actuación en supuestos de acoso escolar de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Orden EDU/1071/2017, de 1 de diciembre, por la que se establece el Protocolo específico de actuación en casos de posible acoso en centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas no universitarias de la Comunidad de Castilla y León), se refieren expresamente a los centros docentes sostenidos con fondos públicos incluso en el propio título de la Orden que los aprueba.

La Resolución de 18 de enero de 2017, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha por la que se acuerda dar publicidad al Protocolo de actuación ante situaciones de acoso escolar en los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, dispone que los centros privados concertados deberán adaptar este protocolo para incluirlo en sus normas de convivencia, organización y funcionamiento y en los centros privados será únicamente de obligada aplicación la parte correspondiente a las denuncias y a la obligación de comunicar los indicios a la Inspección de Educación.

En cambio, el Protocolo para la corrección y sanción de las situaciones de acoso escolar en los centros docentes no universitarios de la Comunidad de Madrid se refiere en general a los centros docentes no universitarios y trata dentro del mismo la cuestión de la responsabilidad de estos, distinguiendo la responsabilidad civil del Código Civil que declara aplicable a los centros privados, y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que declara aplicable a los centros públicos, por lo que se entiende que comprende tanto a los centros sostenidos con fondos públicos como a los centros privados.

En el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se entiende que se podría interpretar lo mismo que en la Comunidad de Madrid, puesto que el hecho de que se aprueben estos instrumentos por medio de una resolución no quiere decir que esta no pueda obligar a todos los centros, públicos y privados. Las resoluciones administrativas obligan a sus destinatarios, sean entidades públicas o entes privados.

Es cierto que la última Resolución de la Viceconsejera de 11 de octubre de 2019 contiene Instrucciones y que el artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, regula las instrucciones y órdenes de servicio que los órganos administrativos pueden dirigir a sus órganos jerárquicamente dependientes, mientras que los centros privados

tienen titulares que no son órganos jerárquicamente dependientes del que dicta la Resolución y en consecuencia están fuera de su ámbito de organización.

Sin embargo, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que se han de aplicar las normas, también puede entenderse que la capacidad reguladora de las Instrucciones de la citada Resolución de 11 de octubre no se limita a los centros sostenidos con fondos públicos, sino que comprenden también los centros privados, lo que implica que el protocolo es de obligatorio cumplimiento en todos ellos, públicos y privados.

La realidad social del tiempo en que se han de aplicar las normas queda reflejada en el artículo 28 del Proyecto de Ley Orgánica de protección frente a la violencia contra la infancia que prevé que:

1. Las Administraciones educativas regularán los protocolos de actuación frente a indicios de acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género y cualquier otra manifestación de violencia comprendida en el ámbito de aplicación de esta ley.

Dichos protocolos deberán ser aplicados en todos los centros educativos, independientemente de su titularidad y deberán iniciarse cuando los docentes o educadores de los centros educativos, padres o madres del alumnado o cualquier miembro de la comunidad educativa, detecten indicios de violencia o por la mera comunicación de los hechos por parte de los niños, niñas o adolescentes.

Esta previsión permite interpretar que el protocolo y la Resolución que aprueba las Instrucciones sobre el mismo son aplicables también a los centros privados.

IV. POSIBILIDAD O NO DE CONSIDERACIÓN DE LAS ACTUACIONES QUE CONTEMPLA EL PROTOCOLO COMO LA INFORMACIÓN PREVIA PREVISTA EN LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE.

El artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) permite que el órgano competente pueda, con anterioridad al acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento, abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar el mismo. El Tribunal Supremo destaca que en

la práctica se denominan diligencias previas, informativas o provisionales.

Este artículo incorpora a cualquier procedimiento que se pueda iniciar de oficio un trámite que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se contemplaba como información reservada antes de la iniciación de los procedimientos sancionadores.

La información previa permite al órgano competente, antes de iniciar el procedimiento, verificar hasta qué punto existe base racional para entender que se han producido los hechos que pueden motivar la iniciación del procedimiento de que se trate (sentencia de 23 de febrero de 1996 (Ar. 1920)).

La práctica de una información previa no es un trámite preceptivo sino una posibilidad de la que puede hacer uso la Administración cuando las circunstancias lo hagan aconsejable (sentencia de 3 de noviembre de 1992 (Ar. 8744)).

En cuanto a su *naturaleza*, la sentencia de 27 de febrero de 2001 (Ar. 1369) considera que es un antecedente que la Ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente. Esta misma sentencia entiende que constituye una actuación administrativa preliminar y de carácter contingente que trata de comprobar si *prima facie* hay base seria para abrir el procedimiento (Cadenas García, 2011, p. 941).

La información previa se realizará por las personas que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstas, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del expediente (artículo 55.2, párrafo segundo de la LPAC).

En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora, las actuaciones previas se orientarán a determinar con la mayor precisión posible, los hechos resultantes de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros (artículo 55.2, párrafo primero de la LPAC).

En este caso, precisamente la finalidad de las actuaciones que contempla el protocolo es la de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar un procedimiento que sería, en caso de que se apreciaran hechos relevantes para ello, el procedimiento de corrección de las posibles conductas que se hubieran podido cometer. Este sería propiamente el procedimiento administrativo, del que las actuaciones que contempla el protocolo serían diligencias previas.

En este sentido se pronuncia también el dictamen elaborado por la Agencia Vasca de Protección de Datos de fecha 8 de marzo de 2019 sobre el acceso a documentación generada como consecuencia de la apertura de protocolo de actuación en supuestos de acoso escolar.

La Resolución por la que se aprueban las Instrucciones sobre la aplicación del protocolo dispone que este tiene carácter preceptivo y obligatorio, sin perjuicio de que cada centro pueda adaptarlo o ampliarlo en función de su contexto o de las peculiaridades del caso, lo que no se adecúa totalmente al carácter de posibilidad que tiene la información previa, tal y como la regula la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Por otra parte, el protocolo prevé que en caso de ser necesario se adoptarán las medidas provisionales de urgencia que se requieran para proteger a la persona presuntamente agredida y/o evitar las agresiones (medidas que garanticen la inmediata seguridad del alumno a alumna presuntamente agredida y que impidan nuevas agresiones y medida dirigidas al alumnado causante de la presunta conducta agresora), las cuales puede entenderse que son las reguladas en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es decir las medidas provisionales que se pueden acordar en el curso del procedimiento que se tramite, una vez iniciado el mismo, para asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer.

En el caso del protocolo se puede entender bien que son medidas provisionales que no están dirigidas exactamente a asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer en el posterior procedimiento de corrección de conductas sino a proteger al presunto agredido y/o evitar las agresiones, o bien que se trata de las medidas previstas en el artículo 56.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que se pueden adoptar de forma motivada antes de la iniciación del procedimiento (las denominadas medidas provisionalísimas), si bien estas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, y que podrá ser objeto del recurso que proceda.

En definitiva, se podría entender que tales previsiones no desvirtuarían el carácter de información previa de las actuaciones contempladas en el protocolo.

V.POSIBILIDAD O NO DE ACCESO A LAS ACTUACIONES QUE CONSTITUYEN ESTA INFORMACIÓN PREVIA.

La siguiente cuestión que se plantea sería la del posible acceso a las actuaciones que constituyen esta información previa, especialmente el informe A y el informe B, ambos documentos del protocolo del acoso escolar vigente en el País Vasco.

La Disposición Adicional Primera.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, prevé que:

Disposición Adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública

“1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.”

La Resolución del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno de fecha 30 de marzo de 2016 (JUR 2016\179673), destaca que en el supuesto planteado la tramitación del expediente al que se solicita acceso ya ha terminado, por lo que no es de aplicación la Disposición Adicional Primera, apartado 1 de la Ley, aunque sí el resto de su articulado, y concluye que, puesto que no se argumenta la aplicación de ninguno de los límites ni de las causas de inadmisión previstas en la propia Ley 19/2013, procede estimar la reclamación presentada debiendo darse al reclamante el acceso a la documentación solicitada.

En este supuesto, se plantearía la aplicación del artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según el cual:

1. Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos:

a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.

En este sentido, el acceso al expediente de un procedimiento en curso es un derecho que se reconoce a los interesados y, por tanto, no se reconoce a los que no ostenten dicha condición.

Por otra parte, en cuanto a lo que se entiende por expediente es aplicable el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que dispone que:

“1. Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.(...)”

4. No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.”

Puesto que la información previa no es el procedimiento que se inicia con posterioridad, se plantea si procede el acceso a las mismas en aplicación de estas previsiones.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 24 de mayo de 2006 (JUR 2006\1175), se refiere al artículo 105 b) de la Constitución, y al artículo 37 de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Declara la sentencia que: *“De lo expuesto resulta que la norma general es el derecho de acceso a registros, documentos y expedientes obrantes en los archivos administrativos, y la excepción su denegación, razón por la que la Ley exige que la denegación sea siempre motivada y que se realice por las taxativas razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley.*

El contenido del precepto transcrito, es el precepto en base al cual debe resolverse la cuestión litigiosa planteada.

Pues bien, en el caso presente tras solicitar el recurrente el acceso al expediente de información reservada que le abrió la TGSS, la Administración se lo denegó alegando que el informe elaborado por la Inspección General de Servicios del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales tiene el carácter de reservado y confidencial, así como que puesto que la actuación administrativa se había limitado exclusivamente a la

realización de esta información, sin que se hubiera iniciado expediente disciplinario, el recurrente no reunía la condición de interesado en los términos previstos en la Ley 30/1992 de 26 de diciembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , argumentos a los que se añade en la contestación a la demanda que la información reservada no es ningún procedimiento y que su contenido puede afectar a la intimidad de las personas que depusieron en tal información.

Tal fundamentación aparte de poco motivada no encaja, como veremos, en ninguno de los supuestos excepcionales en que el art.37 de la Ley 30/92 permite a la Administración denegar la solicitud de acceso e información.

Así, no existe norma legal conforme a la cual la información reservada a que se refiere el art. 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RCL 1986, 148) tenga, una vez terminada, el carácter secreto que pretende darle la Administración;

El recurrente es persona interesada a los efectos legal y jurisprudencialmente establecidos para tener acceso a un expediente de información reservada en que ha figurado como denunciado.”

Después de reproducir el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la citada sentencia considera que para tener legitimación en vía administrativa basta tener un interés legítimo, que según doctrina del Tribunal Constitucional (cfr. STC 257/1988, de 22 diciembre [RTC 1988, 257]) es un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», y equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta, lo que entiende que concurre en el supuesto planteado.

Y añade que: *“Carece de sentido la alegación de que el derecho de acceso reconocido en el art. 37 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) no es aplicable al supuesto presente por no ser la información reservada un procedimiento, ya se dijo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo 1998 (RJ 1998, 4624) entendió que las que denomina diligencias informativas tienen una unidad formal constituyendo en su conjunto un procedimiento accesorio, de carácter preliminar o preparatorio, respecto del procedimiento disciplinario, cuya finalidad es depurar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de éste, pero es que además aunque se entienda que el presente no es un*

procedimiento en sentido estricto por no tener prevista para su tramitación una concreta regulación procesal de sus trámites y fases, ello no es obstáculo para que le sean de aplicación los artículos 105 b) de la Constitución (RCL 1978, 2836) y en el art. 37 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) en los que el acceso a archivos y registros se extiende con carácter general a los registros y documentos que formando parte de un expediente obren en poder de la Administración cualquiera que sea su forma de expresión, no habiendo sido intención del legislador introducir la limitación alegada por la parte.”

Finalmente, la sentencia indica que la Administración alega en la contestación a la demanda que el contenido de la información reservada puede afectar a la intimidad de las personas que depusieron en tal información, por lo que dado este carácter de datos íntimos y reservados, no era posible acceder a la petición del demandante. Al respecto debe de señalarse en primer lugar que si la Administración entendía que el derecho de acceso del recurrente al expediente de información reservada colisionaba con el derecho a la intimidad de terceros debió de hacerlo constar en la Resolución administrativa y motivarlo, que es lo que exige el art.37.4 de la Ley 30/92, y no alegarlo de forma imprecisa en la contestación a la demanda.

En cualquier caso, la sentencia señala que no se concreta en la contestación a la demanda cuales son los datos referentes a la intimidad de las personas que contiene la información reservada y cuyo acceso debe de quedar reservado solo a dichas personas.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de abril de 2008, JUR 2008\30411 se pronuncia en términos parecidos.

Por tanto, según estas sentencias, tendrían derecho de acceso a la información previa que conforman las actuaciones del protocolo, mientras se encuentren en curso, las personas interesadas. Sin embargo, se tiene que indicar que se trata de sentencias de un Tribunal Superior de Justicia, no del Tribunal Supremo y que, aunque citan una sentencia del Tribunal Supremo de 1998, posteriormente el propio Tribunal Supremo ha entendido que la información previa tiene la naturaleza de actuación preliminar y de carácter contingente (sentencia de 27 de febrero de 2001, Ar. 1369), por lo que los argumentos que rechazan quizás podrían hacerse valer para denegar dicho acceso.

Por otra parte, en lo que se refiere a los datos de carácter personal son aplicables el

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (BOE de 6 de diciembre), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Esta Ley prevé que el tratamiento de datos personales (y el acceso es una forma de tratamiento de los mismos) requiere el consentimiento del afectado salvo en determinados supuestos específicamente contemplados en las disposiciones vigentes.

En el caso de los menores de edad se requiere su consentimiento cuando sean mayores de catorce años y si son menores de catorce años, se requiere el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela (artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018).

Los tratamientos de determinados datos especialmente protegidos, como son los datos cuya finalidad sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico, deberán estar amparados en una norma con rango de Ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad, no bastando el solo consentimiento del afectado (artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2018).

El tratamiento de datos de naturaleza penal para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, sólo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta Ley Orgánica o en otras normas de rango legal (artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2018).

Aunque se entendiera que no procede el acceso, dado el carácter de información previa de estas actuaciones que contempla el protocolo, información previa que se considera que tiene la naturaleza de actuación y no propiamente de procedimiento, se podría entender que son un antecedente del procedimiento posterior de corrección de conductas contrarias a la convivencia, y mientras esté en curso ese procedimiento, se podría también acceder a estas actuaciones.

Por otra parte, en cuanto al acceso a estas actuaciones por parte de quienes no tengan la condición de interesado, y, en cualquier caso, en relación con los

procedimientos ya terminados, se aplicaría la Ley 19/2013, de Transparencia.

La Ley 19/2013 regula el derecho de acceso a la información pública en los artículos 12 y siguientes, de acuerdo con los cuales:

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley.

Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.”

Artículo 13. Información pública

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 14. Límites al derecho de acceso

1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: (...)

e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. (...).

k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

Artículo 15. Protección de datos personales

1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999, 3058), de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso. (...).

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios: (...)

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad. (...).

Las resoluciones del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno de fecha 30 de octubre de 2017, JUR 2018\79356 y de fecha 3 de noviembre de 2017, JUR 2018\79357 indican que:

“Respecto a la confidencialidad de los contratos del sector público ya se ha pronunciado con anterioridad este Consejo de Transparencia. Así, por ejemplo, en el procedimiento R/0309/2017, se razonaba lo siguiente:

Al acceso a la información o documentación contenida en los procesos de contratación le son de aplicación los límites contenidos en el artículo 14 de la LTAIBG y el relativo a la protección de datos de carácter personal- que se predica respecto de personas físicas y no jurídicas-, regulado en su artículo 15. En todo caso, la aplicación de los límites deberá ser motivada, restringida, justificada y proporcionada así como atender a las circunstancias del caso concreto, de acuerdo con los criterios contenidos en el indicado Criterio Interpretativo y en las sentencias de los Tribunales Contencioso-Administrativos.

Por tanto, operan varios límites al acceso a estas actuaciones por parte de los ciudadanos: contienen datos personales de menores de edad, algunos datos pueden ser datos personales especialmente protegidos, el acceso puede suponer un perjuicio para la prevención e investigación de ilícitos administrativos, y son actuaciones que se pueden considerar confidenciales atendiendo a todos los intereses implicados, pudiendo suponer el acceso un perjuicio a los intereses de los menores que están especialmente protegidos.

Para garantizar la confidencialidad, la Resolución de 11 de octubre de 2019 prevé que se recojan sólo las iniciales del alumno. Esto puede no ser suficiente, pues también se podría identificar al alumno por sus iniciales. Sería conveniente recoger letras aleatorias del alfabeto, por ejemplo, alumno xxx, alumno yyy y así sucesivamente. O alumno 1, alumno 2 y así sucesivamente.

VI. FORMA EN QUE SE DEBEN REALIZAR LAS ACTUACIONES.

Una cuarta cuestión que se suscita es la relativa a la forma en que se deben realizar las actuaciones contempladas en el protocolo. El mismo prevé que de las reuniones con las familias u otras personas adultas se levante acta.

Es aconsejable que se practiquen las actuaciones y, por tanto, estén presentes en las reuniones que mantenga el centro escolar, al menos dos personas del mismo, que actúen a su vez la una testigo de la otra.

Efectivamente, tal y como está previsto está previsto en el protocolo de las reuniones se debe levantar acta, y, a ser posible, se debe procurar que el acta se firme por los asistentes a las reuniones.

VII. PLAZO PARA LA CELEBRACIÓN DE LA PRIMERA REUNIÓN PREVISTA EN EL PROTOCOLO.

Una quinta cuestión que se plantea es la relativa a la siguiente previsión del protocolo: *“Desde el conocimiento de los hechos hasta la celebración de esta reunión no deben transcurrir más de 5 días lectivos. A estos efectos se considerarán días lectivos todos los días hábiles, de lunes a viernes desde el día uno de septiembre hasta el treinta de junio, exceptuados los períodos vacacionales, en el mismo sentido de lo indicado por el artículo 51 del Decreto 201/2008”*.

La expresión que se utiliza podría llevar a pensar que se establece un plazo orientativo y no obligatorio. Sin embargo, al indicar que no deben transcurrir más de 5 días lectivos, parece que supone el establecimiento de este plazo de 5 días lectivos.

El artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que:

“Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos”.

Esta obligatoriedad que es consecuencia del principio de legalidad que informa la actuación administrativa y el procedimiento administrativo, tiene como consecuencia la improrrogabilidad o el carácter indisponible de los plazos procesales salvo los casos

legalmente previstos, como es el caso de la ampliación de los plazos.

Desde el punto de vista de la Administración, la no sujeción a los plazos puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria e incluso la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, prevé que: “3. La realización de actuaciones administrativas fuera del plazo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”.

El artículo 32 de la misma Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que:

- 1. La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.*
- 2. La ampliación de los plazos por el tiempo máximo establecido se aplicará en todo caso a los procedimientos tramitados por las misiones diplomáticas y oficinas consulares, así como a aquellos que, sustanciándose en el interior, exijan cumplimentar algún trámite en el extranjero o en los que intervengan interesados residentes fuera de España.*
- 3. Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Los acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no serán susceptibles de recurso, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento.*
- 4. Cuando una incidencia técnica haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, la Administración podrá determinar una ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación del plazo no vencido.*

En consecuencia, se indica que existe esta posibilidad de ampliar el plazo de 5 días lectivos y que, en cualquier caso, las actuaciones realizadas fuera de este plazo no darán lugar a la anulabilidad de las mismas.

VIII. POSIBILIDAD O NO DE GRABACIÓN DE LAS REUNIONES QUE CONSTITUYEN ACTUACIONES PREVISTAS EN EL PROTOCOLO.

Una sexta cuestión que se plantea es la relativa a la posibilidad de grabación de las reuniones que constituyen actuaciones previstas en el protocolo.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo de 2018, RJ 2018\3008 sostiene que:

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado la no afectación al derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad cuando una persona, graba sus propias conversaciones con terceros, con exclusión de aquellos supuestos relacionados con la provocación delictiva o su empleo como medio de indagación desde estructuras oficiales de investigación delictiva, o que afectan al núcleo de la intimidad. También ha de añadirse los supuestos en los que el contenido de lo grabado es divulgado, ocasionando un daño a la intimidad para lo que habría de estarse al contenido, íntimo o no, de lo que se divulga y ha sido obtenido de forma irregular. Salvados esos escollos, de provocación, de empleo por parte de una institución pública de investigación, o de vulneración del derecho a la intimidad, su utilización podrá ser considerada inapropiada, o cuestionada éticamente, pero no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Así la STS 421/2014, de 16 de mayo (RJ 2014, 2937), nos dice: Comenzando por la denuncia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, es claro que su rechazo por parte del Tribunal Superior se ajusta tanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como a la de esta Sala. Pues ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114), después recordada en la 56/2003, de 24 de marzo, se estableció que "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE (RCL 1978, 2836) la retención, por cualquier del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el

caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera 'íntima' del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836). Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. El acto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836)). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art.18.3 CE (RCL 1978, 2836); por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana.

Esta misma doctrina ha sido también recogida en numerosas sentencias de esta Sala de casación en las que se excluyó la conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones por el hecho de grabar y almacenar una conversación por parte de alguno de los intervinientes en la misma (SST 2081/2001, de 9-11 (RJ 2001, 9695); 2008/2006, de 2- 2; 1051/2009, de 28- 10; 682/2011, de 24-6; y 298/2013, de 13-3 (RJ 2013, 3506), entre otras).

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 27 de mayo de 2019 (ARP 2019\1157), de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 4 de mayo de 2018 (ARP 2019\470) y de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de fecha 10 de enero de 2018 (ARP 2018\84).

En definitiva, según estas sentencias si la grabación efectuada se usa como prueba en juicio no habría problema, salvo que se trate de uno de los supuestos excluidos de esta posibilidad. Sin embargo, si el uso que se hace de la grabación es otro, como por

ejemplo difundirla en redes sociales, etc., sí se podría estar incurriendo en delito de revelación de secretos o, cuando menos, podría suponer una intromisión ilícita a la intimidad, el derecho al honor y la propia imagen de la persona afectada.

Aunque no se refiere específicamente a la grabación que se usa como prueba en juicio cuando se trate de uno de los supuestos excluidos de esta posibilidad, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019 de 16 de julio de 2019 sienta la regla constitucional de exclusión de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. La sentencia concluye que el hecho de que la vulneración se haya cometido por un particular no excluye que se examine su constitucionalidad y que una vez que se haya constatado la lesión al derecho fundamental, como puede ser el derecho a la intimidad, debe determinarse su conexión con los derechos procesales de las partes.

Como indica José Luis Rodríguez Lainz (2019), tal vez habría resultado más clarificador resumir este segundo principio desde la aseveración que se recoge en la sentencia de que no existe un derecho fundamental a la desestimación de la prueba ilícita. Es en definitiva la dimensión procesal de los derechos en conflicto el escenario natural en el que hemos de ponderar si la inclusión de tal prueba ilícita en el proceso genera o no una violación de la Constitución. Pero eso sí, con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida –y la decisión en ella fundamentada- haya de resultar siempre indiferente al ámbito de tales derechos fundamentales. Tal afectación se producirá sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE), en concreto tutela judicial efectiva e igualdad de las partes.

IX. APLICABILIDAD O NO DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A ESTAS ACTUACIONES PREVISTAS EN EL PROTOCOLO.

Una séptima cuestión que se plantea es la relativa a si son aplicables los principios y garantías del procedimiento administrativo a estas actuaciones previstas en el protocolo, que se ha considerado que constituyen información previa.

El artículo 24 de la Constitución consagra como derecho fundamental integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, entre otros, el derecho a utilizar los

medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

En relación con estos derechos, el Tribunal Constitucional ha extendido su alcance al derecho administrativo sancionador.

El procedimiento de corrección de las conductas que se puedan haber realizado no se califica en el Decreto 201/2008 como procedimiento disciplinario o sancionador, incluso estas conductas no se denominan faltas ni las medidas de corrección se califican como sanciones, como explica la Exposición de Motivos de dicho Decreto 201/2008. Sin embargo, en atención a las concretas medidas de corrección que se pueden imponer, que pueden suponer limitaciones a los derechos de los afectados, se entiende que se han de aplicar las mismas garantías que el Tribunal Constitucional ha extendido al procedimiento administrativo sancionador.

Por tanto, se plantea si la información previa que se entiende que constituyen las actuaciones contempladas en el protocolo, anterior a este procedimiento de corrección de conductas, que concluimos participa de la naturaleza de un procedimiento sancionador, debe respetar las garantías y principios del posterior procedimiento de corrección.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2017 (RJ 2017\4580) declara que la información previa o reservada no reviste carácter de procedimiento sancionador ni se dirige contra persona alguna, ni sustituye al expediente que debe instruirse para deducir aquellas responsabilidades, por lo que también hemos dicho reiteradamente que [la] expresada información no está sometida al régimen de garantías que deben observarse en el seguimiento de un expediente de aquella naturaleza. De lo que se sigue que lo actuado en la información reservada carece por sí mismo de eficacia probatoria, por cuanto que la prueba de cargo debe producirse en el seno del expediente adornado de las garantías aplicables a los procedimientos sancionadores.

Por tanto, de iniciarse el procedimiento corrector de conductas del Decreto 201/2008, aunque no se estaría ante un procedimiento administrativo disciplinario propiamente dicho, se entiende que el mismo se regiría por los mismos principios del procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, las actuaciones contempladas en el protocolo que constituyen información previa no revisten tal carácter, por lo que no

están sometidas al régimen de garantías que deben observarse en un expediente de esa naturaleza.

Una vez que se inicia el procedimiento de corrección se han de aplicar todas las garantías previstas para el mismo. En este sentido, una de las garantías de ese procedimiento es, en su caso, el trámite de audiencia a los alumnos que han tenido comportamientos presuntamente acosadores, En relación con los trámites con los menores, tanto con las víctimas como con los alumnos que han tenido comportamientos presuntamente acosadores, en el curso del procedimiento se considera obligatoria la presencia de los padres, madres o representantes legales de los alumnos o alumnas menores de edad, sólo en los supuestos previstos en el artículo 62.3 del Decreto 201/2008 (cuando la conducta que se reprocha a dichos alumnos o alumnas es gravemente perjudicial para la convivencia en el centro docente y cuando se trate de medidas contrarias a la convivencia en el caso de que entre las medidas que se notifican como de posible aplicación se cuente alguna de las comprendidas en los apartados 1.g), 1.h) y 1.i) del artículo 35).

Esta presencia no se considera necesaria en las actuaciones anteriores al procedimiento correspondientes, que están contempladas en el protocolo, dado que las mismas no están sometidas al régimen de garantía que deben observarse en el procedimiento posterior.

Por lo que se refiere a las manifestaciones de los menores con comportamientos presuntamente agresores, no han de ofrecerse a dichos menores las garantías que contempla la Ley en las actuaciones contempladas en el protocolo. A tal efecto, no se les ha de informar que tienen derecho a no declararse culpables, etc. Posteriormente, sobre sus contenidos y conclusiones habrán de recaer las actuaciones probatorias que se practiquen en el procedimiento extraordinario de corrección de las conductas con otorgamiento de plenas garantías de contradicción en las decisiones indagatorias, hasta el agotamiento de la vía administrativa mediante las resoluciones oportunas y su revisión posterior jurisdiccional si se interponen recursos de tal índole.

Financiación

Sin financiación expresa.

Conflicto de intereses

Este artículo es parte de la ponencia titulada “Aproximación al tratamiento del acoso escolar y principales problemas que plantea la aplicación de la normativa en la materia” que se impartió en la Jornada Formativa de la Inspección de Educación del País Vasco que tuvo lugar el día 22 de noviembre de 2019 en Vitoria.

Referencias bibliográficas

- Cadenas García, M.I. (2019). “Aproximación al tratamiento en España del acoso escolar o “bullying”. Diario La Ley nº 9367, Editorial Wolters Kluwer, 27 de febrero de 2019.
- Cadenas García, M.I. (2011). Capítulo 5: El procedimiento Administrativo, en Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J.A. y Fernández Montalvo, R. (Directores) y Sala Atienza, P. (Coordinador). Las instituciones del Derecho Administrativo en la jurisprudencia, Editorial Bosch. Barcelona, p. 941.
- González Pérez, J. y Santiuste Bermejo, V. (2004). Los conflictos entre alumnos: características e intervención para una sociedad democrática. Revista de Psicología General y Aplicada, p. 362.
- Olweus, D. (1978). Aggression in the schools. Bullies and whipping boys. Hemisphere Press (Wiley). Washington, D.C.
- Rodríguez Amunátegui, C. (2007). La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad. Ediciones del Laberinto, S.L. Madrid, p. 65.
- Rodríguez Lainz, J.L. (2019). Prueba ilícita obtenida por particulares: ausencias y discordancias en la STC, Pleno 97/2019. Diario La Ley, Editorial Wolters Kluwer, 2 de diciembre de 2019.