

InDret

Per aquest ordre?

Comentari a la SAP Cantàbria, Sec. 4a, 23.12.2003

Jordi Carrera Domènech
Magistrat

Working Paper n^o: 246
Barcelona, juliol de 2004
www.indret.com

Abstract

El dret espanyol de danys es troba immers en una pluralitat de règims jurídics injustificable. A les regles tradicionals dels Codis Civil i Penal i del dret administratiu s'hi han afegit recentment les previstes per als pares i altres titulars de funcions de guarda en l'art. 61.3 de la Llei Orgànica 5/2000, de 12 de gener. L'aplicació d'aquesta norma, de desafortunada factura, planteja i seguirà plantejant en el futur nombrosos problemes. La sentència que aquí es comenta n'és un clar exponent, i reuneix en el seu si algunes de les qüestions més controvertides, tant processals com materials, que en l'aplicació del citat art. 61.3 s'han plantejat fins ara.

Sumari

- 1. Un model d'alguna manera revolucionari...**
- 2. Supòsit de fet i aspectes processals**
- 3. El procés civil sense prèvia declaració de responsabilitat penal**
- 4. Per aquest ordre**
- 5. Els centres docents en el marc de la Llei Orgànica 5/2000**
- 6. Ha d'indemnitzar-se tot?**
- 7. Conclusions**
- 8. Bibliografia**

1. Un model d'alguna manera revolucionari...

La *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero* (en endavant LO 5/2000), *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, ha introduït, en paraules del legislador, un principi d'alguna manera revolucionari de responsabilitat solidària amb el menor responsable dels fets dels seus pares, tutors, acollidors o guardadors. Malgrat una dicció tan grandiloqüent, la realitat demostra, sentència rere sentència que, com a molt, el que el legislador ha aconseguit és instaurar un confús règim de responsabilitat que els tribunals, en el desenvolupament de la seva tasca interpretativa, van perfilant a poc a poc com de caràcter pràcticament objectiu (vegeu, entre d'altres SAP Sòria, Sec.1a, 17.10.04, AR ARP 2004/128, ponent Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate; SAP Astúries, Sec. 2a, 19.06.03, AR JUR 2003/184176, ponent Antonio Lanzos Robles), i en el qual tots els que tenen de fet o de dret una funció de guarda, o gairebé tots, poden acabar responnent solidàriament, com bé s'evidencia en la sentència que ens proposem comentar. Aquesta solució, que admet opinions per a tots els gustos, justifica la seva bondat fent al·lusió d'una banda a l'interès de la víctima, les probabilitats de cobrar de la qual es van incrementant a mesura que s'amplia el cercle de responsables, i per una altra, a la necessitat que tots aquells que tenen atribuïda una funció de guarda, extremen al màxim la seva diligència. Ara n'hi ha prou a avançar que, en definitiva, és difícil trobar quelcom estrictament revolucionari en el model, si bé intuïm que queden encara moltes pàgines de doctrina legal per escriure, fins que els nivells de seguretat jurídica assoleixin en aquest tema cotes acceptables.

2. Supòsit de fet i aspectes processals

El dia 8 de gener de 2002 pel matí el Col·legi Altamira va organitzar una activitat educativa extramurs consistent en el desplaçament d'un grup d'alumnes, acompanyats del corresponent tutor, al Centre Cultural La Vidriera per tal de veure una pel·lícula. Entre els alumnes desplaçats es trobava el jove posteriorment encausat i codemandat, Héctor M. En aquesta mateixa data es van trobar a La Vidriera alumnes d'altres col·legis, que acudien allí amb la mateixa finalitat i sota la responsabilitat dels seus respectius tutors. Entre aquests altres joves es trobava Héctor O., de l'Institut Ría del Carmen, qui aleshores tenia 15 anys d'edat. Per motius que no s'expressen en la resolució objecte de comentari, Héctor M. va propinar, dins el centre anteriorment indicat i en presència d'altres companys, una bufetada a Héctor O. Posteriorment, aquest mateix dia i des del menjador del Col·legi Altamira, Héctor M. fent ús d'un telèfon mòbil de la seva propietat va remetre un missatge SMS al mòbil d'Héctor O. del següent tenor literal: "hijo de puta, como te pille te mato, lo de hoy no va a ser ni comparación con la turra que te voy a dar".

Del contingut de la sentència objecte d'estudi es desprèn que Héctor O. havia estat víctima en altres ocasions d'assetjament per part d'alumnes de l'anterior col·legi al qual havia assistit, que sembla que era l'Institut Ría del Carmen. No consta que Héctor M. hagués estat encausat o condemnat per aquestes circumstàncies.

Els fets que van tenir lloc el dia 8 de gener van ser denunciats per Héctor O. i els seus pares, la

qual cosa va donar lloc a la incoació d'un expedient d'investigació per part de la Fiscalia de Menors de Santander, així com a la tramitació d'una peça de responsabilitat civil per part del Jutjat de Menors d'aquesta ciutat. Per la seva banda, el Col·legi Altamira va decidir incoar per aquests mateixos fets un expedient disciplinari contra Héctor M., en qui va recaure una sanció consistent en no anar durant tot l'any a les excursions organitzades des del Col·legi.

La Fiscalia de Menors de Santander va decidir sol·licitar del Jutjat de Menors l'arxiu de la causa penal amb base en l'art. 27.4 de la LO 5/2000, atenent-se a la circumstància que els fets ja havien estat corregits en l'àmbit escolar. La pretensió del Ministeri Públic va estimar-se mitjançant interlocutòria de sobreseïment i arxiu del jutjat, dictat en data 17 d'octubre de 2002.

En la peça de responsabilitat civil es va formular demanda contra Héctor M., els seus pares i el Col·legi Altamira, en reclamació d'un total de 750 euros. El jutjat va dictar en data 31 de juliol de 2003 sentència absolutòria. La jutjadora a quo va entendre que no es podia afirmar l'existència de responsabilitat civil derivada d'una falta de maltractaments per no haver-se produït cap dany. Pel que fa a les amenaces denunciades, va entendre que la seva autoria no s'havia acreditat. Contra la mencionada sentència es va interposar recurs d'apel·lació per Emiliano O.B. en defensa dels interessos del seu fill menor. La Sala estima parcialment el recurs i condemna solidàriament a Héctor M., als seus pares i al Col·legi Altamira, a abonar a Héctor O. la quantitat de 174 euros més els interessos legals, i sense expressa imposició de costes pels danys causats a conseqüència dels fets abans descrits.

3. El procés civil sense prèvia declaració de responsabilitat penal

La LO 5/2000 ha contemplat diverses alternatives al judici jurisdiccional les quals, basades en l'anomenat principi d'oportunitat, comporten el sobreseïment i arxiu de la causa penal (vid. arts. 18, 19 i 27). En aquests casos, la conclusió del procés penal no comporta necessàriament la del procés civil, que ha de continuar en interès dels perjudicats (argument ex art. 18). En aquestes circumstàncies, la ja de per si mal anomenada peça de responsabilitat civil (CARRERA, 2000a, epígraf 1) es converteix en un procés absolutament autònom fins i tot des d'un punt de vista substantiu o material. Així, l'objecte del procés civil no té ara com a pressupòsit o punt de partida una declaració de responsabilitat penal o, el que és més important, uns fets fixats pel jutge penal. La peça és ara més que mai un procés completament autònom de responsabilitat civil.

D'aquesta manera, s'han suscitat dues teories sobre la competència objectiva per raó de la matèria, que correspon en aquests casos al jutge de menors. D'acord amb la primera, el jutge de menors, en no trobar-se vinculat per una prèvia declaració de responsabilitat penal, podria pronunciar-se en aquest tipus de processos civils sobre qualsevol mena de responsabilitat per danys, ja sigui ex delicto, ja es tracti d'una responsabilitat aquiliana en sentit estricte, desvinculada de l'existència o no d'uns fets dotats de tipicitat penal. No seria necessari acreditar en el procés civil davant el jutge de menors, seguint amb el fil argumental d'aquesta teoria, l'existència d'uns fets amb rellevància penal. Seria suficient que l'actor pogués acreditar

l'existència d'un fet danyós o il·lícit civil que tingués certa relació amb els denunciats i els altres pressupòsits necessaris perquè pogués operar l'obligació d'indemnitzar, sense que necessàriament s'haguessin d'acreditar, als efectes prejudicials, l'existència d'un o uns concrets fets delictuals. Enfront d'aquesta teoria, de difícil ajust en la lletra de la Llei, sembla que se n'obre pas una altra (SS AP de Jaén de 26.IX.03, Conca 20.IX.2002 –amb algun matís-. En contra, SAP Barcelona, Sec. 3a, 08.07.02), en virtut de la qual la competència del jutge de menors en l'ordre civil, fins i tot en els supòsits de sobreseïment o arxiu basats en el principi d'oportunitat i per tant sense una concreta declaració de responsabilitat penal, sempre es determina per l'existència d'uns fets revestits de tipicitat penal, la concurrència de la qual s'ha d'acreditar, als efectes prejudicials, en el procés civil. Així doncs, la competència objectiva per raó de la matèria del jutge de menors en tant que jutge civil serà sempre per responsabilitat civil ex delicto. La conclusió precedent es desprèn del que disposen els arts. 2.2 i 62 de la LO 5/2000, en els quals la Llei es refereix a responsabilitats civils derivades dels fets comesos per les persones a qui aquesta resulta aplicable. Aquest és també el criteri que es manté en la sentència que es comenta, que estableix l'obligació de respondre a partir d'un *factum* prejudicial dotat de tipicitat jurídic-penal.

4. Per aquest ordre

La sentència que comentem s'enfronta a un dels aspectes més espinosos del model de responsabilitat civil establert per la LO 5/2000; en concret: la interpretació de l'expressió *por este orden* continguda en l'art. 61.3 d'aquesta:

S'acostuma a assenyalar amb caràcter general --i la Sala ho matisarà després-- que les persones esmentades en l'art. 61.3 no responen totes conjuntament amb el menor, sinó que responen amb el menor però amb independència les unes de les altres; seria una responsabilitat solidària amb la del menor però no acumulativa entre elles; seria una responsabilitat solidària, en cascada, no acumulativa, seguint-se un rigorós ordre de prelación de les persones responsables amb el menor, que algun autor ha qualificat, fins i tot, d'excloent.

Malgrat aquest incís i l'anunci que s'hi fa en el sentit que la Sala matisarà més endavant la interpretació que proposa una responsabilitat no acumulativa de les persones esmentades en l'art. 61.3 de la LO 5/2000, el cert és que la conclusió final a què s'arriba trenca, sense més esforç interpretatiu, amb aquesta idea de no acumulació. Així, la Sala després de realitzar una interpretació destinada a concloure en el sentit que els Centres Docents tenen la condició de guardadors de fet als efectes de l'art. 61.3 LO 5/2000, estableix:

Por todo ello, la Sala considera que, teniendo en cuenta el criterio ecléctico de imputación objetiva por el que ha optado (deber de educación, formación y corrección, así como el de guarda y vigilancia), van a resultar responsables solidarios con el menor tanto sus padres como el Colegio Altamira (quien tenía atribuidas las facultades de guarda y vigilancia durante la jornada escolar, además de ejercer la función formativa, compartida ésta con los padres).

Així doncs, és en base al conegut criteri d'imputació objectiva que es consideren responsables tant els pares com el centre docent, sense entrar, en conseqüència, en la problemàtica relativa a la interpretació de l'expressió legal *por este orden*.

Sense cap dubte, l'expressió *por este orden* és ja un dels punts més controvertits del model de responsabilitat dibuixat per la LO 5/2000. Les línies interpretatives que han sorgit al respecte (vegeu BARRERA, 2001, p. 320, DE LA ROSA CORTINA, 2001, p. 293, URBANO, 2002, epígraf 2a, CARRERA, 2002b, epígraf 2.2) van des de la tesi de la responsabilitat acumulativa, en la qual s'admet que puguin respondre solidàriament els subjectes de més d'una classe, passant per la de la responsabilitat en cascada (responen en primer lloc els primerament anomenats i, en la seva absència o insolvència, els segons, i així successivament), per finalitzar amb la de la responsabilitat excloent (es respon per l'ordre legalment establert sense que existeixi possibilitat de passar a la classe següent en el supòsit d'insolvència).

Ni la tesi de l'acumulació ni la de l'exclusió porten a la pràctica a resultats plenament satisfactoris des d'una perspectiva de justícia material (CARRERA, 2000b, epígraf 2.2), tot i que la primera sembla que s'imposarà a poc a poc en les resolucions de jutjats i audiències (SAP Valladolid, Secció 2a 22.XI.02, a la qual s'ha d'afegir la que aquí es comenta).

5. Els centres docents en el marc de la Llei Orgànica 5/2000

En el cas objecte de comentari, apareix com a codemandat en la peça de responsabilitat civil, al costat del jove en el seu moment encausat i dels seus pares, el centre docent en el marc del qual van succeir els fets. L'Audiència s'enfronta aquí a allò que es qualifica com una *aparente laguna legal*:

En definitiva, el centro de enseñanza se va a equiparar a guardador de hecho (entendiendo por tal, en sentido amplio, aquella persona que, por propia iniciativa o por acuerdo con los padres o tutores, ejercita funciones de guarda, de forma continuada e independiente), ya que asumen por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo, durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar (sin olvidar, lógicamente, el relevante papel que desempeña en la formación y educación del menor).

Així, d'acord amb el fil argumental de la resolució:

Puede sorprender que no aparezcan mencionados expresamente como responsables en la L 5/2000 los Centros de Enseñanza, a pesar de que, por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 1995 se indicase en su art. 37.3 que las personas o Entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiese un Centro de Enseñanza eran responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del Centro menores de 18 años, durante los períodos en que se hallaren bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro y estuviesen desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, siempre que existiese negligencia en dicha vigilancia, recogiendo este supuesto en la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor presentada el 29 Nov. 1996; sin embargo, en el Borrador de Trabajo sobre el Proyecto de la Ley Penal Juvenil de 30 Oct. 1996 y en el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 Jul. 1997 se omite cualquier referencia a la responsabilidad del

titular del Centro docente, al igual que sucede con la LO 5/2000. Ahora bien, la omisión de legislador no es un descuido pues, como indica López Sánchez, su presencia queda constatada durante los debates parlamentarios, de donde se deduce que el propósito del legislador fue el de entenderlos comprendidos en una de las categorías especificadas, como una especie dentro de un género más amplio, habiéndose incluso presentado enmiendas en el Congreso proponiendo la expresa inclusión de las personas o entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiera un centro de enseñanza.

Es resol així en sentit afirmatiu la qüestió sobre la inclusió dels centres docents en el règim de responsabilitat ex art. 61.3 de la LO 5/2000 (el primer plantejament doctrinal que coneixem sobre aquesta qüestió es pot veure a DURANY, 2000, p. 5).

L'art. 61.3 de la LO 5/2000 esmenta com a responsables els pares, tutors, acollidors i guardadors legals o de fet.

La primera observació que s'ha de fer a aquesta dicció legal és que barreja institucions de guarda (tutela, acolliment, guarda legal o de fet), amb aquella altra situació derivada de l'existència d'una relació de filiació. Evidentment no és el mateix dir "pares" que "titulars de la pàtria potestat".

Malgrat aquesta dicció, no exempta de conseqüències en funció de la interpretació que se'n faci, no resulta desgavellada l'opinió que entén que el legislador ha centrat l'obligació de respondre en aquelles persones que ostenten una funció institucional de guarda (titulars de la potestat, de la tutela, de l'acolliment o de la guarda de fet), funció que no és exactament la dels centres docents o la del personal al seu servei. Certament, i així ho ha reconegut la jurisprudència, els centres docents i el personal al seu servei ostenten un deure de vigilància i control sobre els alumnes, tant en el marc de les activitats típicament escolars com en el d'aquelles altres de caràcter complementari o extraescolar (vegeu les SS TS, 1a, 10.12.1996, 26.2.1998, 31.10.1998, 29.12.1998 i 10.04.00). No obstant això, una cosa és l'existència d'un deure de vigilància inherent a la prestació educativa, o pública o privada, i una altra cosa ben diferent és assimilar aquest deure de vigilància a una institució de guarda de dret privat, l'extensió de la qual és sense cap mena de dubte molt més àmplia. D'aquesta manera, l'equiparació del centre docent al guardador de fet, resulta discutible, com al nostre parer ho resulta, el fet que les institucions d'ensenyament es trobin dins el marc del model de responsabilitat regulat per la LO 5/2000 (DE LA ROSA CORTINA, 2001, p 290).

Una altra qüestió diferent de l'anterior és la relativa a si el centre docent es pot portar al procés de responsabilitat civil davant el jutge de menors, basant-se en la tesi del concurs de normes que fonamenten una única pretensió, la qual cosa al seu torn suposa tant com plantejar-se la no menys interessant qüestió de si els responsables civils que contempnen el Codi Penal i el Codi Civil també poden ser demandats amb aquest caràcter en l'anomenada peça de responsabilitat civil (DE LA ROSA CORTINA, 2001, p 291). Malgrat això, i encara que es donés resposta afirmativa a aquestes qüestions, no es pot perdre de vista que l'acumulació de pretensions no comporta, per dir-ho d'alguna manera, una acumulació o harmonització de regles substantives.

6. Ha d'indemnitzar-se tot?

La sentència que analitzem, després d'estimar acreditada l'existència d'una falta de maltractament d'obra de l'art. 617.2 del CP i d'un delicte d'amenaques de l'art. 169.2 també del CP, aborda la qüestió relativa a la indemnització del dany causat.

El jutjador ad quem, un cop afirmada la inexistència de dany material, admet l'existència d'un dany moral que ha de ser indemnitzat. Pel que fa a la bufetada, es pren com a referència per compensar el dany moral experimentat per la víctima el barem aplicable als fets derivats de la circulació de vehicles a motor, i concretament, el mòdul de 24 euros corresponent a un dia de baixa sense ingrés hospitalari. Respecte de les amenaces, la Sala després de constatar la inexistència en aquest punt d'un criteri objectiu de referència, valora prudencialment la compensació del dany moral experimentat en 150 euros. D'aquesta manera, el total finalment concedit en concepte d'indemnització ascendeix a 174 euros, enfront dels 750 reclamats pels recurrents.

Entre els ja vells i desterrats arguments que al seu dia va fer servir la doctrina per justificar la impossibilitat d'indemnitzar els danys no patrimonials, es trobava el de la confusió amb la pena. S'afirmava, en aquest sentit, que admetre la reparació pecuniària del dany no patrimonial significaria tant com imposar al responsable una pena addicional pels fets o senzillament incrementar la ja imposada. Certament aquest argument no pot sostenir-se amb caràcter general, però ens hem de preguntar si en supòsits com el que ens ocupa, l'establiment d'una obligació de reparar de quantia pràcticament simbòlica no actua amb una finalitat fonamentalment sancionadora. Així doncs, en el present cas la justícia penal renuncia a intervenir per entendre que els fets han estat ja objecte d'una resposta adequada i suficient en l'àmbit escolar, on s'ha imposat una sanció consistent en no poder acudir durant tot l'any a les excursions organitzades des del col·legi. Malgrat això, la Sala sembla resistir-se a mantenir la jurisdicció completament al marge del que ha succeït i, després de realitzar un considerable esforç de motivació, afirma l'existència d'un dany moral que ha d'indemnitzar-se, fent abans referència a circumstàncies o fets que, sense cap dubte, es troben al marge de l'objecte del present procés, però que creiem que acaben pesant, com de fet s'expressa en la sentència:

Atendidas la gravedad de la infracción y las circunstancias de hecho y del propio Héctor de los O., víctima ya en otras ocasiones del acoso de alumnos del anterior Colegio al que había asistido.

És obvi que els fets objecte d'estudi havien de ser sancionats, així com que probablement fer-ho en l'àmbit escolar en el qual van succeir, va possibilitar una resposta ràpida i ajustada a la seva gravetat. No obstant això, ens hem de preguntar fins a quin punt l'establiment d'una reparació pràcticament simbòlica en el context dels fets als quals es refereix la sentència de l'Audiència no s'erigeix, o com a mínim ve paral·lelament a exercir la funció d'una intervenció responsabilitzadora-exemplificativa.

7. Conclusions

- La competència objectiva per raó de la matèria del Jutge de Menors com a Jutge Civil queda limitada als supòsits de responsabilitat civil ex delicto. Això exigeix, en els supòsits d'arxiu del procés penal que no comporten l'arxiu de la peça, la declaració en aquesta, als efectes prejudicials, de l'existència de fets dotats de tipicitat penal. En aquest punt, la sentència objecte de comentari s'inscriu en la que és la tesi majoritària.
- Després dels primers anys d'aplicació del règim de responsabilitat per danys ex art. 61.3 de la LO 5/2000, els tribunals semblen derivar a poc a poc cap a una interpretació acumulativa de l'expressió "por este orden". Així, la concurrència de més d'una funció de guarda no determina una responsabilitat en cascada sinó, la majoria de les vegades, una responsabilitat acumulada dels diversos titulars. Al final, en interès de la víctima, tots paguen.
- La sentència del cas, segons el nostre parer, dona un pas endavant. L'assimilació dels centres docents a la figura del guardador de fet suposa la inclusió, al costat de les funcions generals o institucionals de guarda previstes en l'art. 61.3 de la LO 5/2000, de situacions circumstancials de vigilància o control. En definitiva, una extensió dels subjectes passius de la relació de responsabilitat ex art. 61.3 LO 5/2000.
- En determinades circumstàncies l'obligació "simbòlica" de reparar danys de naturalesa moral es pot confondre amb un plus d'intervenció jurisdiccional, que s'aproxima més a una nova mesura responsabilitzadora que a una genuïna reparació, la qual cosa esdevé especialment delicada en supòsits com el present, en què ja ha existit una resposta no jurisdiccional, basada en raons educatives, que ha determinat precisament l'arxiu del procés penal.

8. Bibliografia

Armando BARRERA (2001), "Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores", a Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal. I-2001. Centro de Estudios de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid.

Jorge CARRERA (2002a), "El proceso de Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero", a Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal. I-2001. Centro de Estudios de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid.

Jorge CARRERA (2002b), "Minoría de edad y responsabilidad civil. De la culpa in vigilando a los criterios objetivos. Estudio del art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero", a Sentències de TSJ i AP i altres Tribunals núm. 16/2002, així com a Westlaw (www.westlaw.es), BIB 2002\2154. Aranzadi. Pamplona.

José Miguel DE LA ROSA CORTINA (2001), “Notas sobre responsabilidad civil en derecho penal de menores”, a Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal. I-2001. Centro de Estudios de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid.

Salvador DURANY (2000), “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores”, InDret 5/2000 (www.indret.com).

Susana URBANO (2002), “El régimen de la responsabilidad civil ex delicto de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000”, a Sentències de TSJ i AP i altres Tribunals núm. 7/2002, així com a Westlaw (www.westlaw.es), BIB 2002\1033. Aranzadi. Pamplona.