

InDret

¿Por este orden?

Comentario a la SAP Cantabria, Sec. 4ª, 23.12.2003

Jordi Carrera Domènech
Magistrado

Working Paper nº: 246
Barcelona, julio de 2004
www.indret.com

Abstract

El derecho español de daños se halla sumido en una pluralidad de regímenes jurídicos injustificable. A las reglas tradicionales de los Códigos Civil y Penal y del derecho administrativo han venido recientemente a añadirse las previstas para los padres y otros titulares de funciones de guarda en el art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. La aplicación de esta norma, de desafortunada factura, plantea y seguirá planteando en el futuro numerosos problemas. La sentencia que aquí se comenta es un claro exponente de ello, y reúne en su seno algunas de las más controvertidas cuestiones, tanto procesales como materiales, que en la aplicación del citado art. 61.3 se han planteado hasta la fecha.

Sumario

- 1. Un modelo en cierto modo revolucionario...**
- 2. Supuesto de hecho y aspectos procesales**
- 3. El proceso civil sin previa declaración de responsabilidad penal**
- 4. Por este orden**
- 5. Los centros docentes en el marco de la Ley Orgánica 5/2000**
- 6. ¿Debe indemnizarse todo?**
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

1. Un modelo en cierto modo revolucionario...

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (en adelante LO 5/2000), reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha introducido, en palabras del legislador, un principio en cierto modo revolucionario de responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores. Pese a tan grandilocuente dicción, la realidad viene demostrando, sentencia tras sentencia, que a lo sumo lo que el legislador ha conseguido es instaurar un confuso régimen de responsabilidad que los tribunales, en el desarrollo de su tarea interpretativa, van perfilando poco a poco como de carácter prácticamente objetivo (véanse entre otras SAP Soria, Sec.1ª, 17.10.04, AR ARP 2004/128, ponente Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate; SAP Asturias, Sec. 2ª, 19.06.03, AR JUR 2003/184176, ponente Antonio Lanzos Robles) y en el que todos aquellos que tienen de hecho o de derecho una función de guarda, o casi todos, pueden acabar respondiendo solidariamente, como bien se evidencia en la sentencia que nos proponemos comentar. Esa solución, que admite opiniones para todos los gustos, justifica su bondad haciendo mención por una parte al interés de la víctima, cuyas probabilidades de cobrar se van incrementando a medida que se amplía el círculo de responsables, y por otra a la necesidad de que todos aquellos que tienen atribuida una función de guarda, extremen al máximo su diligencia. Nos basta por ahora con adelantar que a la postre es difícil encontrar algo estrictamente revolucionario en el modelo, si bien que nos tememos que restan todavía muchas páginas de doctrina legal por escribir, hasta que los niveles de seguridad jurídica alcancen en este particular cotas aceptables.

2. Supuesto de hecho y aspectos procesales

El día 8 de enero de 2002 por la mañana el Colegio Altamira organizó una actividad educativa extramuros consistente en el desplazamiento de un grupo de alumnos, acompañados del correspondiente tutor, al Centro Cultural La Vidriera con el fin de visionar una película. Entre los alumnos desplazados se encontraba el joven posteriormente encausado y codemandado, Héctor M. En esa misma fecha se dieron cita en La Vidriera alumnos de otros colegios, los cuales acudían allí con la misma finalidad y bajo la responsabilidad de sus respectivos tutores. Entre esos otros jóvenes se encontraba Héctor O., del Instituto Ría del Carmen, el cual a la sazón contaba con 15 años de edad. Por motivos que no se expresan en la resolución objeto de comentario, Héctor M. propinó, en el centro anteriormente indicado y en presencia de otros compañeros una bofetada a Héctor O. Posteriormente, en ese mismo día y desde el comedor del Colegio Altamira, Héctor M. haciendo uso de un teléfono móvil de su propiedad remitió un mensaje SMS al móvil de Héctor O. del siguiente 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 contenido de la sentencia objeto de estudio se desprende que Héctor O. había sido víctima en otras ocasiones del acoso de alumnos del anterior colegio al que había asistido, el cual parece ser que era el Instituto Ría del Carmen. No existe constancia de que Héctor M. hubiera sido encausado o condenado por esas circunstancias.

Los hechos acaecidos el día 8 de enero fueron denunciados por Héctor O. y sus padres, lo cual dio lugar a la incoación de un expediente de investigación por parte de la Fiscalía de Menores de Santander, así como a la tramitación de una pieza de responsabilidad civil por parte del Juzgado de Menores de dicha ciudad. Asimismo el Colegio Altamira decidió incoar por esos mismos hechos un expediente disciplinario contra Héctor M. en el que recayó una sanción consistente en no ir durante todo el año a las excursiones organizadas desde el Colegio.

La Fiscalía de Menores de Santander decidió solicitar del Juzgado de Menores el archivo de la causa penal con base al art. 27.4 de la LO 5/2000, basándose en la circunstancia de haber sido ya los hechos corregidos en el ámbito escolar. La pretensión del Ministerio Público fue estimada mediante auto de sobreseimiento y archivo del juzgado, dictado con fecha 17 de octubre de 2002.

En la pieza de responsabilidad civil se formuló demanda contra Héctor M., los padres de Héctor M. y el Colegio Altamira, en reclamación de un total de 750 euros. El juzgado dictó con fecha 31 de julio de 2003 sentencia absolutoria. La juzgadora a quo entendió que no podía afirmarse la existencia de responsabilidad civil derivada de una falta de maltrato por no haberse producido daño alguno. En cuanto a las amenazas denunciadas, entendió que la autoría de las mismas no se había acreditado. Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por Emiliano O.B. en defensa de los intereses de su hijo menor. La Sala estima parcialmente el recurso y condena solidariamente a Héctor M., a sus padres y al Colegio Altamira, a abonar a Héctor O. la cantidad de 174 euros más los intereses legales, y sin expresa imposición de costas por los daños causados a consecuencia de los hechos anteriormente descritos.

3. El proceso civil sin previa declaración de responsabilidad penal

La LO 5/2000 ha contemplado diversas alternativas al juicio jurisdiccional las cuales, basadas en el denominado principio de oportunidad, conllevan el sobreseimiento y archivo de la causa penal (vid. Arts. 18, 19 y 27). En estos casos, la conclusión del proceso penal no conlleva necesariamente la del proceso civil, el cual debe continuar en interés de los perjudicados (argumento ex art. 18). En estas circunstancias, la ya de por sí mal llamada pieza de responsabilidad civil (CARRERA, 2000^a, epígrafe 1) se convierte en un proceso absolutamente autónomo incluso desde un punto de vista sustantivo o material. En efecto, el objeto del proceso civil no tiene ahora como presupuesto o punto de partida una declaración de responsabilidad penal o, lo que es más importante, unos hechos fijados por el juez penal. La pieza es ahora más que nunca un proceso completamente autónomo de responsabilidad civil.

Así las cosas, se han suscitado dos teorías acerca de la competencia objetiva por razón de la materia, que corresponde en estos casos al juez de menores. Con arreglo a la primera, el juez de menores, al no hallarse vinculado por una previa declaración de responsabilidad penal, podría pronunciarse en este tipo de procesos civiles acerca de cualquier tipo de responsabilidad por daños, ora sea ex delicto ora se trate de una responsabilidad aquiliana en sentido estricto, desligada de la existencia o no de unos hechos dotados de tipicidad penal. No sería necesario

acreditar en el proceso civil ante el juez de menores, siguiendo con el hilo argumental de esta teoría, la existencia de unos hechos con relevancia penal. Bastaría con que el actor pudiera acreditar la existencia de un hecho dañoso o ilícito civil que tenga cierta relación con los denunciados y los demás presupuestos necesarios para que pueda operar la obligación de indemnizar, sin que necesariamente deban acreditarse, a efectos prejudiciales, la existencia de un o unos concretos hechos delictuales. Frente a esta teoría, de difícil encaje en la letra de la Ley, parece abrirse paso otra (SS AP de Jaén de 26.IX.03, Cuenca 20.IX.2002 –con alguna matización-. En contra, SAP Barcelona, Sec. 3ª, 08.07.02), en virtud de la cual la competencia del juez de menores en el orden civil, incluso en los supuestos de sobreseimiento o archivo basados en el principio de oportunidad y por tanto sin una concreta declaración de responsabilidad penal, viene siempre determinada por la existencia de unos hechos revestidos de tipicidad penal, cuya concurrencia debe acreditarse, a efectos prejudiciales, en el proceso civil. Así pues, la competencia objetiva por razón de la materia del juez de menores en tanto que juez civil será siempre por responsabilidad civil ex delicto. La conclusión que precede se desprende de lo preceptuado en los arts. 2.2 y 62 de la LO 5/2000, en los que la ley se refiere a responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la misma. Ese es también el criterio que se mantiene en la sentencia que se comenta, en la cual se establece la obligación de responder a partir de un *factum* prejudicial dotado de tipicidad jurídico-penal.

4. Por este orden

La sentencia que comentamos se enfrenta a uno de los aspectos más espinosos del modelo de responsabilidad civil establecido por la LO 5/2000; a saber: la interpretación de la expresión *por este orden* contenida en el art. 61.3 de la misma:

Se suele señalar con carácter general --y la Sala lo matizará después-- que las personas mencionadas en el art. 61.3 no responden todas ellas conjuntamente con el menor, sino que responden con el menor pero con independencia las unas de las otras; sería una responsabilidad solidaria con la del menor pero no acumulativa entre ellas; sería una responsabilidad solidaria, en cascada, no acumulativa, siguiéndose un riguroso orden de prelación de las personas responsables con el menor, que algún autor ha calificado incluso de excluyente.

Pese a ese inciso y al anuncio que en el mismo se hace en el sentido de que la Sala matizará más adelante la interpretación que propone una responsabilidad no acumulativa de las personas mencionadas en el art. 61.3 de la LO 5/2000, lo cierto es que la conclusión final a la que se llega rompe, sin mayor esfuerzo interpretativo, con esa idea de no acumulación. En efecto, la Sala tras realizar una interpretación destinada a concluir en el sentido de que los Centros Docentes tienen la condición de guardadores de hecho a los efectos del art. 61.3 LO 5/2000, concluye:

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).

Así pues, es con base a un denominado criterio de imputación objetiva que se consideran responsables tanto a los padres como al centro docente, sin entrar, por consiguiente, en la problemática relativa a la interpretación de la expresión legal *por este orden*.

Sin lugar a dudas, la expresión *por este orden* es ya uno de los puntos más controvertidos del modelo de responsabilidad dibujado por la LO 5/2000. Las líneas interpretativas que al respecto se han suscitado (véanse al respecto BARRERA, 2001, p. 320, DE LA ROSA CORTINA, 2001, p. 293, URBANO, 2002, epígrafe 2a, CARRERA, 2002b, epígrafe 2.2) van desde la tesis de la responsabilidad cumulativa, en la que se admite que puedan responder solidariamente los sujetos de más de una clase, pasando por la de la responsabilidad en cascada (responden en primer lugar los primeramente nombrados y, en su falta o insolvencia, los segundos, y así sucesivamente), para finalizar con la de la responsabilidad excluyente (se responde por el orden legalmente establecido sin que exista posibilidad de pasar a la clase siguiente en el supuesto de insolvencia).

Ni la tesis de la acumulación ni la de la exclusión llevan en la práctica a resultados plenamente satisfactorios desde una perspectiva de justicia material (CARRERA, 2000b, epígrafe 2.2), si bien que la primera parece llamada a imponerse poco a poco en las resoluciones de juzgados y audiencias (SAP Valladolid, Sección 2ª 22.XI.02, a la que hay que sumar la que aquí se comenta).

5. Los centros docentes en el marco de la Ley Orgánica 5/2000

En el caso objeto de comentario, aparece como codemandado en la pieza de responsabilidad civil, junto al joven en su día encausado y sus padres, el centro docente en el marco del cual se sucedieron los hechos. La Audiencia se enfrenta aquí ante lo que se califica como 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).

En efecto, con arreglo al hilo argumental de la resolución:

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 asimismo 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.

Queda así resuelta en sentido afirmativo la cuestión acerca de la inclusión de los centros docentes en el régimen de responsabilidad ex art. 61.3 de la LO 5/2000 (el primer planteamiento doctrinal que sobre esta cuestión conocemos puede verse en DURANY, 2000, p. 5).

El art. 61.3 de la LO 5/2000 menciona como responsables a los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

La primera observación que debe hacerse a esa dicción legal es que en la misma se mezclan instituciones de guarda (tutela, acogimiento, guarda legal o de hecho), con aquella otra situación derivada de la existencia de una relación de filiación. Evidentemente no es lo mismo decir padres que titulares de la patria potestad.

Pese a esa dicción, no exenta de consecuencias en función de la interpretación que se efectúe, no resulta descabellada la opinión que pasa por entender que el legislador ha centrado la obligación de responder en aquellas personas que ostentan una función institucional de guarda (titulares de la potestad, de la tutela, del acogimiento o de la guarda de hecho), función que no es exactamente la de los centros docentes o la del personal a su servicio. Ciertamente, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, los centros docentes y el personal a su servicio ostentan un deber de vigilancia y control sobre los alumnos, tanto en el marco de las actividades típicamente escolares como en el de aquellas otras de carácter complementario o extraescolar (véanse las SS TS, 1^a, 10.12.1996, 26.2.1998, 31.10.1998, 29.12.1998 y 10.04.00). Sin embargo, una cosa es la existencia de un deber de vigilancia inherente a la prestación educativa, ora pública ora privada, y otra cosa bien distinta es asimilar ese deber de vigilancia a una institución de guarda de derecho privado, cuya extensión es sin duda mucho más amplia. Así las cosas, la equiparación del centro docente al guardador de hecho, resulta discutible, como a nuestro juicio lo resulta, el que las instituciones de enseñanza se hallen dentro del marco del modelo de responsabilidad regulado por la LO 5/2000 (DE LA ROSA CORTINA, 2001, p 290).

Cuestión distinta a la anterior es la relativa a si el centro docente puede ser traído al proceso de responsabilidad civil ante el juez de menores, con base a la tesis del concurso de normas fundamentadas de una única pretensión, lo cual a su vez supone tanto como plantearse la no menos interesante cuestión, acerca de si los responsables civiles que contemplan el Código Penal y el Código Civil también pueden ser demandados con tal carácter en la denominada pieza de responsabilidad civil (DE LA ROSA CORTINA, 2001, p 291). Pese a ello, y aún cuando se diera respuesta afirmativa a esas cuestiones, no puede perderse de vista que la acumulación de pretensiones no conlleva, por así decirlo, una acumulación o armonización de reglas sustantivas.

6. ¿Debe indemnizarse todo?

La sentencia que analizamos, tras estimar acreditada la existencia de una falta de maltrato de obra del art. 617.2 del CP y de un delito de amenazas del art. 169.2 también del CP, aborda la cuestión relativa a la indemnización del daño causado.

El juzgador ad quem tras afirmar la inexistencia de daño material admite la existencia de un daño moral que debe ser indemnizado. Por lo que respecta a la bofetada, se toma como referencia para compensar el daño moral experimentado por la víctima el baremo aplicable a los hechos derivados de la circulación de vehículos a motor, y concretamente, el módulo de 24 euros correspondiente a un día de baja sin ingreso hospitalario. En cuanto a las amenazas, la Sala tras constatar la inexistencia en este punto de un criterio objetivo de referencia, valora prudencialmente la compensación del daño moral experimentado en 150 euros. Así pues, el total finalmente concedido en concepto de indemnización asciende a 174 euros, frente a los 750 reclamados por los recurrentes.

Entre los ya viejos y desterrados argumentos que en su día usó la doctrina para justificar la imposibilidad de indemnizar los daños no patrimoniales se hallaba el de la confusión con la pena. Se decía, en este sentido, que admitir la reparación pecuniaria del daño no patrimonial significaría tanto como imponer al responsable una pena adicional por los hechos o sencillamente incrementar la ya impuesta. Ciertamente este argumento no puede sostenerse con carácter general, pero cabe preguntarse si en supuestos como el que nos ocupa, el establecimiento de una obligación de reparar de cuantía prácticamente simbólica no actúa con una finalidad fundamentalmente sancionadora. En efecto, en el presente caso la justicia penal renuncia a intervenir por entender que los hechos han sido ya objeto de una respuesta adecuada y suficiente en el ámbito escolar, donde se ha impuesto una sanción consistente en no poder acudir durante todo el año a las excursiones organizadas desde el colegio. Pese a ello, la Sala parece resistirse a mantener a la jurisdicción completamente al margen de lo acontecido y, tras realizar un considerable esfuerzo de motivación, afirma la existencia de un daño moral que debe indemnizarse, no sin antes hacer referencia a circunstancias o hechos que, sin duda, se hallan al margen del objeto del presente proceso, pero que, creemos, acaban pesando, como de hecho se expresa en la sentencia:

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.

Es obvio que los hechos objeto de estudio debieron sancionarse, así como que probablemente el hacerlo en el ámbito escolar en el cual acontecieron, permitió una respuesta rápida y ajustada a la gravedad de los mismos. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto el establecimiento de una reparación prácticamente simbólica en el contexto de los hechos a los que se refiere la sentencia de la Audiencia no se erige, o cuanto menos viene paralelamente a desempeñar la función de una intervención responsabilizadora-ejemplificante.

7. Conclusiones

- La competencia objetiva por razón de la materia del Juez de Menores en tanto que Juez Civil queda limitada a los supuestos de responsabilidad civil ex delicto. Ello exige, en los supuestos de archivo del proceso penal que no conlleven el archivo de la pieza, de la declaración en esta última, a efectos prejudiciales, de la existencia de hechos dotados de tipicidad penal. En este punto, la sentencia objeto de comentario se inscribe en la que es la tesis mayoritaria.
- Tras los primeros años de aplicación del régimen de responsabilidad por daños ex art. 61.3 de la LO 5/2000, los tribunales parecen derivar poco a poco hacia una interpretación acumulativa de la expresión “por este orden”. Así, la concurrencia de más de una función de guarda no determina una responsabilidad en cascada sino, las más de las veces, una responsabilidad acumulada de los diversos titulares. Al final, en interés de la víctima, todos pagan.
- La sentencia de autos da, a nuestro juicio, un paso más. La asimilación de los centros docentes a la figura del guardador de hecho supone la inclusión, junto a las funciones generales o institucionales de guarda previstas en el art. 61.3 de la LO 5/2000, de situaciones circunstanciales de vigilancia o control. En definitiva, una extensión de los sujetos pasivos de la relación de responsabilidad ex art. 61.3 LO 5/2000.
- En determinadas circunstancias la obligación “simbólica” de reparar daños de naturaleza moral puede confundirse con un plus de intervención jurisdiccional, que se aproxima más a una nueva medida responsabilizadora que a una genuina reparación, ello es especialmente delicado en supuestos como el presente, en los que ya ha existido una respuesta no jurisdiccional, basada en razones educativas, que ha determinado precisamente el archivo del proceso penal.

8. Bibliografía

Armando BARRERA (2001), “Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores”, en 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”, en 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”, en Sentencias

de TSJ y AP y otros Tribunales *núm.* 16/2002, así como en 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”, en 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”, en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales *núm.* 7/2002, así como en Westlaw (www.westlaw.es), BIB 2002\1033. Aranzadi. Pamplona.