

ABUSOS SEXUALES. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA (Comentario a la STS de 6 de octubre de 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

RESPETTO a la continuidad delictiva o la individualización de conductas delictivas en el supuesto de varios abusos sexuales, es constatable una tendencia jurisprudencial a optar por el delito continuado cuando la secuencia de los actos incriminables presenta cierta pluralidad difusa, con proyección en un dilatado periodo de tiempo. Aunque las acciones del acusado hubieran estado animadas por un propósito de idéntica criminal significación. Por otro lado y respecto a la responsabilidad civil subsidiaria, resulta de aplicación el artículo 120.4 del Código Penal a la parroquia que organizó el campamento donde ocurrieron los hechos pese a no tener un sentido comercial en su actividad. Por los términos «industria o comercio», que constituyen un marco de referencia del género de actividades en los que la responsabilidad de que se trata sería exigible, deben entenderse, en sentido amplio, que, en su uso habitual, en absoluto solo el mercantil, abarcaría un número potencialmente ilimitado de formas de relación.

Palabras clave: abusos sexuales en un campamento de verano, delito continuado, responsabilidad civil subsidiaria.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 135, abril 2012.

SEXUAL ABUSE. VICARIOUS LIABILITY

(Commentary on the Tribunal Supremo of 6 October 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

As regards the continued criminal or identifying criminal conduct in the course of several sexual abuse, is evident jurisprudential trend to opt for continuing offense when the sequence of events has a certain plurality inculpables diffuse, with a projection long period of time. Although the defendant's actions had been motivated by a criminal purpose of identical meaning. On the other hand and regarding vicarious liability, is applicable to article 120.4 CP to the Parish who organized the camp where the incident occurred despite not having a commercial sense in their business. By the terms «trade or commerce», which provide a frame of reference of the subject on which the liability in question would be enforceable, must be understood, broadly, that in common usage, means only the commercial would cover a potentially unlimited number of forms of relationship.

Keywords: sexual abuse in a summer camp, continuing offense, vicarious liability.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 135, abril 2012.

Dos son los aspectos destacados de esta Sentencia del Tribunal Supremo que serán objeto de comentario:

- De un lado, se estudiará la continuidad delictiva o la individualización de conductas delictivas en el supuesto de varios abusos sexuales.
- De otro, la responsabilidad civil subsidiaria de una parroquia reclama el análisis del artículo 120.4 del Código Penal, por cuanto se alega que dicha parroquia, a no ser «industria o comercio», no puede ser responsable civil subsidiaria del delito cometido por una persona por ella contratada como cocinero en un campamento.

La condena de la Audiencia es por tres delitos de abuso sexual, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, más la condena subsidiaria de responsabilidad civil de la parroquia a la indemnización en 6.000 euros.

Si dos son las posibilidades jurídicas de tipificación, dos son las cuestiones que se nos invocan en la sentencia. El fiscal, al recurrir, considera que del análisis espacio temporal del autor se infiere la continuidad delictiva, porque la homogeneidad de conductas, el tiempo de su desarrollo, la pluralidad de acciones y la identidad de sujetos activo y pasivo permiten concluir dicha actividad continuada. Curiosamente, la sentencia del Tribunal Supremo reconoce la dificultad a veces de diferenciar la continuidad de la individualidad. Literalmente nos dice:

«El planteamiento del fiscal es formalmente correcto y su solicitud de modificación del tratamiento dado a las acciones del acusado goza de alguna plausibilidad, a tenor de cierta jurisprudencia.»

Si ya el Tribunal Supremo reconoce «plausibilidad» al planteamiento del fiscal porque se apoya también en la jurisprudencia, no será rechazada la opción del fiscal –que sí lo ha sido– si goza de aceptación la pluralidad de acciones homogéneas, la identidad de sujetos, etc. Quiero decir que la fundamentación de la sentencia se hace «fina» para acogerse a la pluralidad de delitos de abuso sexual y no a la continuidad delictiva. ¿Por qué?, pues porque se inclina por entender que no hay una pluralidad «difusa». Esto significa que las acciones están perfectamente delimitadas en el espacio y en el tiempo. Para la continuidad hace falta menos concreción y más difusión. En este caso parece que

no se pierde en el tiempo la individualización de los comportamientos delictivos. No obstante, es más sutil que otra cosa esta apreciación y quizás por este motivo el Tribunal Supremo acude en auxilio de otro argumento que facilite la individualización de acciones delictivas: la justificación por la pena. No sería lo mismo sancionar penalmente las conductas por separado, cuando la resultancia punitiva deviene como consecuencia de las tres conductas no continuadas.

Que diga el tribunal que las conductas estén perfectamente animadas «por un propósito de idéntica criminal significación», no significa que las acciones sean en sí mismas separables. Por donde va el razonamiento de la sentencia es por la naturaleza de las distintas conductas. El primer abuso sexual fue de «escasa duración»; los otros dos «leves». De ahí concluye que las dos conductas posteriores no son asimilables a la primera a los efectos de la continuidad delictiva. Considera el tribunal, desde una perspectiva material, juzgando la intensidad de la ofensa al bien jurídico cometido o la ofensa producida por las conductas (la realidad de la agresión), que la continuidad delictiva no tiene cabida. Sin embargo, el tribunal está reconociendo que el *continuum* cuenta con «algún apoyo formal». No sería del todo inadecuado el resultado de la continuidad delictiva, pues tiene el respaldo formal y el criterio favorable de la jurisprudencia, en algunos casos. Y esto nos permite aceptar la tesis del razonamiento *ad limite* del Supremo en esta sentencia. En más de una ocasión no niega «plausibilidad» –utilizando la misma palabra– al posible planteamiento del recurso del fiscal, buscando la tipificación por la vía del delito continuado. Creo que el Tribunal Supremo ha interpretado en el filo la ingente cantidad de sentencias sobre la materia, por lo cual puede deducirse que, aún hoy, no es del todo pacífica la posición jurisprudencial sobre la continuidad o individualidad en los delitos de abuso sexual.

La responsabilidad civil subsidiaria de la parroquia (art. 120.4) por el mero hecho de haber contratado a un cocinero para el campamento, autor penalmente de los delitos de abuso sexual, se fundamenta en la interpretación civil (no penal exclusivamente del precepto en cuestión).

Toda responsabilidad civil derivada del ilícito penal tiene una interpretación concomitante con las disposiciones del Código Civil.

Pretender que la literalidad del precepto, por el hecho de que mencione expresamente «industria o comercio», excluya a la parroquia es circunscribirnos solo a las palabras «industria y comercio». Y como una parroquia no es ni lo uno ni lo otro, entonces se puede colegir la irresponsabilidad de la misma.

Dejar así la cuestión es no profundizar en el conocimiento de la verdadera responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

La subsidiariedad es lo de menos, pues sucede que es evidente que, de ser responsable, lo será en defecto del principal y directo. Lo que interesa es saber por qué cauces de interpretación, no solo penales, el artículo 120.4 contempla asimismo la de una parroquia que no es «industria o comercio».

Esos términos no contemplan lo mercantil como exclusiva, «pudiendo tener como contenido las más diversas finalidades». Un número potencialmente ilimitado de formas de relación.

La idea, por consiguiente, es la relación que exista entre el culpable y la parroquia. Una relación laboral es suficiente, pues la dependencia de la misma no es distinta al concepto de dependencia mercantil en la industria o comercio. El cocinero es un empleado y depende laboralmente de quien contrata el arrendamiento del servicio. Es el actuar fuera de su actividad, sin el control de su principal, lo que le hace ser responsable.

La Sentencia del Tribunal Supremo 948/2005, de 19 de julio, nos indica muy bien el criterio de la subsidiariedad en la responsabilidad civil. Para que podamos reconocerla, conforme a los parámetros del artículo 120.4 del Código Penal, es precisa la existencia de un vínculo jurídico entre el empleador (parroquia) y el trabajador, pero un vínculo tanto jurídico como de hecho (en nuestro caso la relación es de arrendamiento de servicios). Por consiguiente, las circunstancias fácticas no eluden la responsabilidad civil subsidiaria.

Cuando la relación laboral significa la lógica dependencia del cocinero respecto de la parroquia que le ha contratado, la actividad desarrollada por él actuado bajo la dependencia del segundo, no significa, en este supuesto, la anuencia –evidentemente–, aun cuando es un criterio también jurisprudencial de subsidiariedad, pero sí habrá generado la responsabilidad por producirse la actividad «anormal» de una función, dentro de un ámbito indirectamente relacionado con su lugar de trabajo perteneciendo a su ámbito de actuación. (En idéntico sentido se pronuncian otras las Ss. núms. 51/2008, de 6 de febrero; 145/2005, de 7 de febrero y 1096/2003, de 22 de julio, entre otras).

Es verdad que la sentencia que comentamos extiende la responsabilidad subsidiaria, no tanto por actuar dentro del ámbito directo o indirecto de sus funciones y en el lugar específico de trabajo encomendado, sino por un proceder «fuera del control». Pero lo dicho antes es el sentir general de la responsabilidad subsidiaria y el caso en concreto la responsabilidad por falta de vigilancia o control del empleador que contrata. Y ello no obsta para la interpretación válida expuesta. No está (el cocinero) en el desempeño de sus «obligaciones o servicios», como dice literalmente el artículo 120.4; por lo tanto, la responsabilidad civil subsidiaria que se predica, deriva, no propiamente de la culpa in vigilando o in eligendo, sino de la responsabilidad objetiva de creación del riesgo o del actuar (como se ha dicho) en «la esfera laboral» de sus servicios.

Con la siguiente exposición literal de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de marzo de 2011, se comprenderá lo dicho en el apartado anterior.

«Es cierto que la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2005 declara que la Jurisprudencia, al interpretar tanto el artículo 22 del Código Penal de 1973 como el artículo 120.4 del vigente Código Penal, ha evolucionado de forma progresiva hacia un criterio de interpretación extensiva de la responsabilidad civil subsidiaria en la que se pone de manifiesto cierto abandono de los principios de culpa *in vigilando* o *in eligendo* para dar paso o

acercarse a la idea de responsabilidad objetiva, basada en la doctrina de la creación del riesgo y de aquella otra que establece que quien tiene los beneficios de ciertas actividades debe asumir los daños y perjuicios de las mismas, pero ello no significa que no se exija para la declaración de responsabilidad civil el requisito de que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de la órbita o relación de servicios que comprende su función laboral y ello aunque no deba quedar exonerada de esa responsabilidad las simples extralimitaciones o variaciones en el ejercicio del servicio encomendado.»