



Roj: STS 4517/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4517
Id Cendoj: 28079120012016100771

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10413/2016

Nº de Resolución: 782/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 782/2016

RECURSO CASACION (P) Nº : 10413/2016 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Absolutoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Valladolid. Sección Cuarta

Fecha Sentencia : 19/10/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : MAJN

ERROR DE PROHIBICIÓN: art. 183 CP RELACIÓN SEXUAL CONSENTIDA MANTENIDA POR UN JOVEN DE 29 AÑOS CON UNA MENOR DE 14 AÑOS: es evidente que la efectividad del mensaje imperativo de la norma penal exige dar por supuesta una presunción de racionalidad y no arbitrariedad, así como conectar su origen con la legitimidad del poder normativo de quien emana. Pero también exige admitir la existencia de un marco de excepcionalidad en el que tienen cabida supuestos en los que ese mensaje puede llegar distorsionado a un concreto destinatario o, incluso, neutralizado, siempre en atención a circunstancias personales y al contexto sociocultural en el que se desarrolla la acción antijurídica. La regulación de esos casos y la definición de sus efectos en el plano de la culpabilidad refuerzan la vigencia del mandato imperativo de la norma y le añaden dosis de legitimación, como consecuencia de la racionalidad y la humanidad del sistema jurídico.

Reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal - más allá del debate histórico sobre el principio de la ignorancia iuris non excusat - no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente. Se ha apuntado también que para el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso representarse previamente la posible antijuridicidad del hecho que se va a ejecutar. Basta un saber implícito, actualizable sin dificultad para que pueda proclamarse un verdadero conocimiento de la significación antijurídica del hecho imputado. Desde otra perspectiva, la doctrina alude al conocimiento potencial de esa antijuridicidad que, de poder ser afirmado, nos situaría en el terreno de la vencibilidad, al ser reprochable su ausencia al propio autor.

Sea como fuere, lo que es evidente es que sólo podrá exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el destinatario ideal de la norma. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala - no sin críticas doctrinales que cuestionan el presupuesto de una moral compartida por todos los integrantes de la sociedad- ha llegado a proclamar la existencia de una presunción iuris tantum respecto de lo que denomina infracciones de carácter material o natural. También lo es que la ejecución de actos sexuales con menores que carecen de capacidad de autodeterminación sexual, podría situarse, sin grandes esfuerzos argumentales, en esa categoría. El daño a la indemnidad sexual de un niño, cometido por quien convierte a éste en destinatario forzado o inconsciente de sus desahogos sexuales, no es, desde luego, cuestión menor.

La definición del carácter vencible o invencible del error no puede prescindir de un dato que, a nuestro juicio, singulariza el supuesto de hecho que es objeto del presente recurso. En efecto, P. y JG inician una relación afectiva que incluye repetidos contactos sexuales a lo largo del año 2015. Y esta unión se forja en un escenario permitido por el derecho penal, que en esas fechas no criminalizaba la relación sexual con una niña de 14 años, siempre que la entrega fuera fruto de una decisión espontánea, libre y voluntaria por parte de aquélla. Los contactos sexuales mantenidos durante el primer semestre del año 2015 eran, por tanto, totalmente ajenos al derecho penal. Es a partir del 1 de julio de ese año cuando el legislador lleva a la práctica una decisión de política criminal que eleva la barrera de laprotección de la indemnidad sexual de los menores, pasando de 13 a 16 años. Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Laura sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal - cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente para el derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad.

A nuestro juicio, la calificación de los hechos como constitutivos de un delito continuado no favorece precisamente la tesis del carácter vencible del error. Y es que la unidad de propósito a que se refieren los Jueces de instancia no puede ser traída a colación prescindiendo de los contactos sexuales, plenamente consentidos, que precedieron a los dos que el Tribunal a quo ha reputado delictivos. En esa unidad de propósito han de integrarse también aquellos episodios sexuales ajenos al derecho penal, que se sucedieron con anterioridad al 1 de julio de 2015, en lo que se califica como "relación de seminoviazgo". La unidad de propósito que animaba las relaciones sexuales mantenidas por JG no puede descomponerse artificialmente en perjuicio del reo. Lo contrario supondría admitir que la intención inicial, esa que animó el comienzo de una "relación de sominoviazgo" transmutó su significado hasta convertirse en un propósito delictivo de atentado contra la indemnidad sexual de la joven.

Nº: 10413 / 2016P

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 13/10/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 782/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de **Pascual**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Cuarta) de fecha 1 de junio de 2016 en causa seguida contra Pascual, por un delito de agresión sexual, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente Pascual representado por el procurador D. David Vaquero Gallego. Siendo magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 5 de Valladolid, instruyó sumario ordinario 1/2015, contra Pascual, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Cuarta) rollo procedimiento sumario ordinario 26/2015 que, con fecha 1 de junio de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" Pascual, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1986, sin antecedentes penales, conocía a Laura, nacida el NUM001 .2000, porque era amigo del padre de la menor, y, en el año 2015, comenzó a contactar con ella a través de la red social Facebook. Ambos comienzan una relación sentimental a raíz de la cual, el 20.7.15, en el domicilio del acusado, en la C/ DIRECCION000 nº NUM002, NUM003 de Valladolid, el acusado mantuvo relación sexual con penetración vaginal con Laura, con consentimiento de la menor. Así mismo, el 16 de Agosto pasado un corto espacio temporal en el que permanecieron los dos en el domicilio, tras mostrar a Laura un vídeo en la Tablet en el que aparecía una mujer efectuando una felación a un hombre, pidió a la menor que le practicara una felación, a lo que ésta accedió, y, finalmente, el acusado volvió a penetrarla vaginalmente.

El acusado conocía que Laura tenía 14 años, pero no sabía que mantener relaciones sexuales con ella cuando era menor de 16 años, era delictivo, ya que no utilizó los medios a su alcance para informarse de ello.

Como gastos de asistencia del Sacyl a Laura se acreditan 101,41 €.

Laura sufrió una sintomatología de índole ansioso-depresivo que precisó medicación ansiolítica durante una semana".

Segundo.- La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, dictó sentencia núm. 164/2016 con el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Condenamos a Pascual, como autor de un delito continuado de abuso sexual, de los arts. 183.1 y 3 y 74 del C. Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de cinco años y un día de prisión, accesorias de inhabilitación para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, costas del proceso sin incluir las de la Acusación Particular, y que indemnice al SACYL en 101,41€ y a Laura en 2.000€.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días desde la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que unirá certificación al rollo de esta Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Pascual , basa su recurso en un **único motivo de casación** :

Único.- Al amparo del art. 849.1 y 2 de la LECrim por inaplicación indebida del art. 14.1 , 2 y 3 del CP con la consecuente aplicación indebida del art. 183.1 y 3 y 74 del mismo texto legal .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 12 de julio de 2016 evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión del único motivo del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.- Por providencia de fecha de 22 de septiembre de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 13 de octubre de 2016, anticipando el fallo de la sentencia por la que se absuelve a Pascual .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm 164/16, dictada con fecha 1 de junio de 2016 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid , condenó al acusado Pascual como autor de un delito continuado de abuso sexual, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y con la apreciación de un error de prohibición vencible, a la pena de 5 años y 1 día de prisión, accesorias e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Contra esta resolución se interpone recurso de casación. Se formaliza un único motivo que, sin embargo, está integrado por dos epígrafes que habrían aconsejado un tratamiento sistemático diferenciado. Siguiendo la pauta metodológica inspirada por los arts. 901 bis a) y 901 bis b) de la LECrim , resulta procedente ordenar el análisis de ambas alegaciones comenzando por aquella que aspira a una rectificación del hecho probado.

2.- Con cita del art. 849.2 de la LECrim se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador. Con el fin de respaldar la tesis sobre la que se sustenta la impugnación se señala el folio 155 de la causa. Se trata de un pantallazo del perfil de *Facebook* en el que Laura indicó como fecha de nacimiento el 31 de octubre de 1997. La relación entre el acusado Pascual y la víctima -aduce la defensa- se inició a través de esa red social. De ahí que pensara en todo momento que Laura tenía en realidad 17 años. Fue en el momento de su detención por la Policía cuando los agentes le comunicaron que la razón de su privación de libertad estaba ligada a su relación con una chica de 14 años.

No tiene razón el recurrente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo como recordábamos en las SSTS 794/2015, 3 de diciembre , 326/2012, 26 de abril , 1129/2011, 16 de noviembre y 1023/2007, 30 de noviembre , entre otras muchas no deja a este respecto margen alguno para la duda. El documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero , resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Proyectando esta línea jurisprudencial plenamente consolidada sobre el supuesto de hecho sometido a nuestra consideración, el requisito de la autosuficiencia probatoria está ausente en el *pantallazo* señalado por el recurrente. Y es que el Tribunal *a quo* dedica el FJ 3º de la sentencia recurrida a motivar los elementos probatorios que ha tenido en consideración para inferir que el acusado Pascual conocía que Laura tenía 14 años. De una parte, valora la contradicción entre las declaraciones del recurrente en el plenario -en las que negó ser conocedor de esa circunstancia- y las que fueron prestadas ante el Juez de instrucción, momento en el que admitió saber la verdadera edad de la víctima. La Audiencia da también por acreditado que el acusado,

perteneciente a la comunidad ecuatoriana en Madrid, grupo en el que se integraban Laura y su familia, mantenía una relación de amistad con los padres de la menor.

De hecho, el padre de Laura afirmó en el juicio oral que estaba muy agradecido porque Pascual les ayudó cuando vinieron a España a encontrar trabajo y a establecerse en la capital. El acusado había ido al domicilio de la familia de Laura con regularidad, había comido con ellos y conocía a todo el grupo familiar. La menor declaró en el juicio oral que "... *el acusado sabía perfectamente su edad, que lo único que no creyó es que ella fuera virgen, porque <tengo mucho cuerpo y no me creía>*". Los Jueces de instancia descartan que los 17 años que figuraban en el perfil de Facebook de Laura determinaran el error del acusado. El acusado sabía - y así lo admitió en el juicio oral- que el año 2016 la menor iba a celebrar en Ecuador lo que allí se denomina " *fiesta de la quinceañera*".

En consecuencia, aun admitiendo la idoneidad casacional del *pantallazo* de Facebook para fundamentar un motivo de impugnación basado en el art. 849.2 de la LECrim, lo cierto es que como tal documento carece, por su falta de autosuficiencia probatoria, del valor impugnativo preciso para neutralizar la afirmación del juicio histórico cuando proclama que "... *el acusado conocía que Laura tenía 14 años*".

3.- El segundo bloque sistemático en el que el recurrente descompone el único motivo formalizado invoca el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, con la consiguiente aplicación indebida del art. 14.3 del CP, al haber estimado la resolución cuestionada el carácter vencible de ese error.

Subraya la defensa del recurrente -en un escrito de interposición de apreciable valor técnico- que cuando la relación afectiva de Laura y Pascual comenzó en el plano sexual, en el mes de mayo de 2015, no existía ninguna ilegalidad. Sin embargo, cuando esa conducta perduró en el tiempo y rebasó el 1 de julio de 2015, pasó a ser ilícita, al haberse elevado el umbral del consentimiento de 14 a 16 años. El recurrente razona en los siguientes términos: "¿es posible que una persona de nacionalidad ecuatoriana, cuyos vínculos sociales se establecen sólo dentro de esa comunidad, que carece de estudios, no habituado a la lectura de prensa ni de contacto con medios de comunicación en informaciones de tipo legal, pudiera conocer que había entrado en vigor una norma que modificaba, de la licitud a la ilicitud, una relación de raíz efectiva, elevando la edad hasta 16 años?". La defensa da respuesta a ese interrogante afirmando la imposibilidad de exigir al acusado el conocimiento de una reforma legal de tanto alcance en su vida. De ahí que propugne ante esta Sala -con apoyo de la STS 1070/2007, 14 de diciembre- el carácter invencible del error de prohibición, con la consiguiente absolución del recurrente.

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser estimado.

A) Es evidente que la efectividad del mensaje imperativo de la norma penal exige dar por supuesta una presunción de racionalidad y no arbitrariedad, así como conectar su origen con la legitimidad del poder normativo de quien emana. Pero también exige admitir la existencia de un marco de excepcionalidad en el que tienen cabida supuestos en los que ese mensaje puede llegar distorsionado a un concreto destinatario o, incluso, neutralizado, siempre en atención a sus circunstancias personales y al contexto sociocultural en el que se desarrolla la acción antijurídica. La regulación de esos casos y la definición de sus efectos en el plano de la culpabilidad refuerzan la vigencia del mandato imperativo de la norma y le añaden dosis de legitimación, como consecuencia de la racionalidad y la humanidad del sistema jurídico.

Reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal - más allá del debate histórico sobre el principio de la *ignorantia iuris non excusat* - no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente. Se ha apuntado también que para el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso representarse previamente la posible antijuridicidad del hecho que se va a ejecutar. Basta un saber implícito, actualizable sin dificultad para que pueda proclamarse un verdadero conocimiento de la significación antijurídica del hecho imputado. Desde otra perspectiva, la doctrina alude al conocimiento potencial de esa antijuridicidad que, de poder ser afirmado, nos situaría en el terreno de la vencibilidad, al ser reprochable su ausencia al propio autor.

Sea como fuere, lo que es evidente es que sólo podrá exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el

destinatario ideal de la norma. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala - no sin críticas doctrinales que cuestionan el presupuesto de una moral compartida por todos los integrantes de la sociedad- ha llegado a proclamar la existencia de una presunción *iuris tantum* respecto de lo que denomina infracciones de carácter material o natural. También lo es que la ejecución de actos sexuales con menores que carecen de capacidad de autodeterminación sexual, podría situarse, sin grandes esfuerzos argumentales, en esa categoría. El daño a la indemnidad sexual de un niño, cometido por quien convierte a éste en destinatario forzado o inconsciente de sus desahogos sexuales, no es, desde luego, cuestión menor.

Pero nada de esto se dibuja en el hecho probado al que hemos de atenernos y que delimita el objeto del presente motivo.

B) La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en numerosos precedentes sobre esta materia. Hemos dicho que constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido -error directo de prohibición-, bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación - error indirecto de prohibición-, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (cfr. SSTS 379/2012, 21 de mayo ; 1238/2009, 11 de diciembre ; 753/2007, 2 de octubre y 181/2007, 7 de marzo).

Hemos dicho también que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, 30 de mayo). El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (SSTS 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio).

C) La alegada creencia errónea e invencible acerca de la licitud del contacto sexual que Pascual mantenía con Laura aconseja precisar algunos datos. El acusado -que todavía no había cumplido treinta años- sabía que la menor tenía 14 años de edad. Mantuvo relaciones sexuales con ella después de conocerla por la red social *Facebook* . Esas relaciones se desarrollan - sin precisar fecha- a lo largo del año 2015. La Audiencia descarta cualquier tipo de prevalimiento que pudiera viciar el consentimiento libre y espontáneo de Laura en el momento de aceptar el contacto sexual con el acusado. Ese inicial acto de entrega es considerado por los Jueces de instancia como expresión de las costumbres de la comunidad ecuatoriana en la que el inicio de las relaciones sexuales "... es más temprano que en otras culturas, como la española". A partir de esos datos, la Audiencia excluye de cualquier responsabilidad penal las relaciones sexuales que se produjeron con anterioridad al 1 de julio de 2015. Califica, sin embargo, como constitutivas de un delito continuado de abusos sexuales a menor de 16 años, de los arts. 183.1 y 3 y 74 del CP , las relaciones descritas en el factum y que se produjeron con posterioridad a esa fecha. En efecto, el día 20 de julio de 2015, en el domicilio del acusado, éste y Laura mantuvieron un contacto sexual consentido y con penetración vaginal de la menor. Del mismo modo, el 16 de agosto de 2015, el contacto incluyó una penetración vaginal y "... pasado un corto espacio temporal en el que permanecieron los dos en el domicilio, tras mostrar a Laura un vídeo en la Tablet en el que aparecía una mujer efectuando una felación a un hombre, pidió a la menor que le practicara una felación, a lo que ésta accedió, y, finalmente, el acusado volvió a penetrarla".

La razón que justifica esa diferencia de tratamiento es explicable a partir de la reforma legislativa operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En efecto, con anterioridad a esa reforma, el art. 183.1 del CP , redactado conforme a la LO 5/2010, 22 de junio, consideraba la edad de 13 años como determinante de la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual. Fue en la reforma de 2015 cuando el umbral cronológico para la prestación del consentimiento -con la regla de exclusión prevista en el art. 183 quater-, se fijó en 16 años. La entrada en vigor de esta reforma se produjo el 1 de julio de 2015, por mandato de la *disposición final octava* de la ya citada LO 1/2015 . El simple contraste entre esas fechas pone de manifiesto que, hasta el día 1 de julio de 2015, las relaciones sexuales mantenidas con una persona que ya hubiera cumplido 13 años y estuviera en condiciones de consentir libremente quedaban extramuros del derecho penal. De ahí

que la Audiencia Provincial de Valladolid sólo haya situado como acción continuada susceptible de integrar la tipicidad prevista en el art. 183 del CP los hechos que se desarrollaron a partir de aquella fecha, esto es, los días 20 de julio y 16 de agosto de 2015.

Para definir el alcance del error y su incidencia -atenuatoria o exoneratoria- en la culpabilidad del acusado, hemos de dilucidar si la distorsión en el mensaje imperativo de la norma penal era o no evitable. La Audiencia ha concluido que el error de prohibición era de carácter vencible. Y lo ha hecho con una batería argumental bien construida: *"... hay que tener en cuenta que, el acusado, ha desarrollado la mayor parte de su vida en España, y está completamente integrado en el país, aunque mantiene los lazos de amistad y familiaridad con sus compatriotas ecuatorianos"*. Añade el FJ 4º que *"... en este caso, sentado que, el acusado sabía que Priscila tenía 14 años, de su declaración y de la declaración de la menor, lo que cabe extraer es que, entendiendo que su relación estaba mal, como él mismo declara, sobre todo porque él era amigo del padre, pudo tener dificultad para conocer cambio normativo que, desde el 1.7.15, convierte en delito de agresión sexual el mantenimiento de relaciones sexuales con una menor de 16 años"*.

Siguen razonando los Jueces de instancia: *"...es cierto que, el acusado, lleva años en España, pero también lo es que, en sus relaciones sociales, casi exclusivamente aparecen personas de su país, ecuatorianos, y es lo cierto que, en dicho país, pueden celebrarse matrimonios a partir de los 14 años y, lo que es más relevante, el acceso carnal se castiga cuando la víctima es menor de 14 años, con lo cual es totalmente creíble que, el acusado, no tuviera conciencia de la antijuricidad de estas manteniendo relaciones con una menor de 16 años. (...) Pero, como decimos, teniendo en cuenta que, la menor, actuaba con total normalidad entendiéndose que, la relación sexual, obedecía a su relación de noviazgo o seminoviazgo, el cambio de legislación y las circunstancias sociales y culturales en las que se desarrolla la relación, entendemos cabe apreciar la concurrencia del error de prohibición. Una vez dicho esto, es preciso efectuar un juicio sobre la vencibilidad o a invencibilidad del mismo, es decir, comprobar si el error en que incurre el acusado hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible. Para ello, hay que valorar la apariencia de legalidad de la conducta y las circunstancias subjetivas del agente, su nivel de desarrollo, su entorno cultural, su acceso a medios de información. Y, en este caso, no podemos sustentar la tesis de la invencibilidad total del error, ya que el acusado consideraba que, la diferencia de edad entre él y Laura, estaba mal, así lo dice varias veces y lo afirma la menor, él sabe que no entra dentro de la normalidad mantener relaciones con una menor cuando la diferencia de edad es tan grande y ella solo cuenta con catorce años, y dado el tiempo que lleva residiendo en este país, pudo haber accedido a la información necesaria para deshacer su desconocimiento sobre la ilicitud de los hechos, porque el acusado no es un marginado social. El acusado sabe que se penalizan las relaciones sexuales también en su país, luego hubiera podido cerciorarse de cuál era la edad que convertía sus relaciones en ilícitas. Su error, por tanto, se considera vencible, sobre todo en atención al cambio legislativo que se produce solo unos días antes de cometerse los hechos de los días 20 de julio y 16 de agosto, y al entorno social y cultural del acusado, y al tiempo de residencia en España, que evidencia que podía conocer las normas de su país de residencia, de las que los medios de comunicación se hacen eco continuo, además, aunque es más complicado que conociera la reforma, tan reciente del Código Penal. Y se considera, por tanto, en orden a todas estas circunstancias, que dicho error vencible supondrá una atenuación de la pena en un grado, adecuado a sus posibilidades para vencer dicho error, a sus capacidades intelectuales totalmente normales y a la diferencia de edad con la menor"*.

Esta Sala, aun admitiendo la lógica y corrección del discurso de los Jueces de instancia, no puede asumirlo como propio. Varias razones se oponen a ello.

La sentencia subraya el valor indiciario del hecho de que el propio acusado considerara que la abultada diferencia de edad entre él -29 años- y Laura -14 años- *"estaba mal"* o que *"no entrara dentro de la normalidad"*. Sin embargo, de esas afirmaciones de Pascual no se desprende nada acerca de la conciencia de ilicitud. Un juicio negativo respecto de las dificultades asociadas al hecho de que uno de los protagonistas de la relación afectiva doble la edad del otro, puede estar originado por una previsión de futuro acerca de sobrevenidas dificultades de convivencia, pero no es expresivo de un conocimiento preciso sobre la edad en la que la legislación española fija las barreras de la autodeterminación sexual.

La definición del carácter vencible o invencible del error no puede prescindir de un dato que, a nuestro juicio, singulariza el supuesto de hecho que es objeto del presente recurso. En efecto, Laura y Pascual inician una relación afectiva que incluye repetidos contactos sexuales a lo largo del año 2015. Y esta unión se forja en un escenario permitido por el derecho penal, que en esas fechas no criminalizaba la relación sexual con una niña de 14 años, siempre que la entrega fuera fruto de una decisión espontánea, libre y voluntaria por parte de aquélla. Los contactos sexuales mantenidos durante el primer semestre del año 2015 eran, por

tanto, totalmente ajenos al derecho penal. Es a partir del 1 de julio de ese año cuando el legislador lleva a la práctica una decisión de política criminal que eleva la barrera de la protección de la indemnidad sexual de los menores, pasando de 13 a 16 años. Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Laura sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal -cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad.

Las razones para el rechazo de la *vencibilidad* del error se refuerzan si reparamos en la línea argumental mediante la que la Audiencia Provincial hace valer la calificación de delito continuado. En el FJ 5º puede leerse lo siguiente: "...en este caso, los hechos que se han considerado constitutivos de agresión sexual son los ocurridos el 20.7.2015 y el 16.8.2015, ambos consistentes en acceso vaginal y acceso bucal con una menor de 16 años, sin violencia ni intimidación. Y, como solicita el Ministerio Fiscal, el delito debe calificarse y penarse por las reglas del art. 74 del C. Penal, ya que tales hechos ocurren en el marco de una relación de seminoviazgo, en un tiempo breve, obedeciendo a una unidad de propósito, la que el acusado aprovechando similares ocasiones, mantuvo relaciones sexuales con la menor en su domicilio, dos días, pretendiendo satisfacer sus deseos sexuales, ante el consentimiento de la menor". A nuestro juicio, sin embargo, la calificación de los hechos como constitutivos de un delito continuado no favorece precisamente la tesis del carácter vencible del error. Y es que la unidad de propósito a que se refieren los Jueces de instancia no puede ser traída a colación prescindiendo de los contactos sexuales, plenamente consentidos, que precedieron a los dos que el Tribunal *a quo* ha reputado delictivos. En esa unidad de propósito han de integrarse también aquellos episodios sexuales ajenos al derecho penal, que se sucedieron con anterioridad al 1 de julio de 2015, en lo que se califica como "relación de seminoviazgo". La unidad de propósito que animaba las relaciones sexuales mantenidas por Pascual no puede descomponerse artificialmente en perjuicio del reo. Lo contrario supondría admitir que la intención inicial, esa que animó el comienzo de una "relación de sominoviazgo" transmutó su significado hasta convertirse en un propósito delictivo de atentar contra la indemnidad sexual de Priscilla.

D) El criterio que ahora defendemos está avalado por alguno de los precedentes de esta Sala. En efecto, la STS 1070/2007, 14 de diciembre, abordaba un supuesto similar a raíz de la reforma introducida por la LO 11/1999, de 30 de abril, que entró en vigor el 21 de mayo de 1999 y que elevó la edad para consentir de los 12 años previstos en la redacción inicial del CP de 1995 a la de 13 años. Se enjuiciaba entonces la conducta de un joven de 18 años que había mantenido una relación de noviazgo con una menor de 12 años cumplidos. Razonábamos entonces en los siguientes términos: "... centrado el debate en la cuestión del error denominado de prohibición, -tratado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia- es necesario delimitar dos cuestiones bien diversas: a) la existencia, o no, de error en el sujeto activo respecto a la trascendencia jurídica penal del hecho de mantener relaciones sexuales con persona menor de la edad de trece años, y b) cual sea la valoración que merezca ese eventual error en lo que concierne a las posibilidades de ser eliminado por el autor, es decir a si el mismo era o no vencible. (...) La primera cuestión constituye un dato empírico, cuya veracidad o falsedad ha de establecerse en función del resultado de la actividad probatoria en el proceso. El segundo consiste en un juicio de valor, por más que sea tributario de circunstancias fácticas".

Añadíamos que "la afirmación básica, premisa mayor del silogismo asumido por la recurrida, es que "la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como la de doce años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general". (...) Y luego acude al análisis de las circunstancias del caso concreto -premisas menores- para concluir que las "condiciones del sujeto" y la "naturaleza del delito" no toleran que "se invoque el error". (...) Pues bien, ni la premisa mayor -máxima de experiencia-, es aceptable *acríticamente* y *sin matices*, ni el razonamiento sobre las premisas menores abarcan todo el espectro de las que merecen consideración.

Lo primero porque la delimitación en la frontera de los trece años para acotar la relevancia del consentimiento que excluye la antijuricidad tipificada en las relaciones sexuales ha sido señalada en tiempo

relativamente reciente. Solamente una persona especialmente avisada puede saber que la frontera pasó de los doce a los trece años con ocasión de la Ley Orgánica 11/1999. Hasta ese momento -seis años antes- no constituía en absoluto una categoría conocida y aceptada que el mayor de doce años no pudiera con su consentimiento excluir la ilicitud penal de esa relación sexual.

Más relevante, si cabe, es la preterición de importantes matices sobre la premisa menor en que incurre la sentencia recurrida. Así ha de subrayarse que el acusado acababa de entrar en el censo de criminalmente responsables apenas un mes antes de los hechos. Y la menor se encontraba a otro mes de poder consentir con efectos enervantes de responsabilidad penal cualquier relación sexual no coactiva.

Es pues harto creíble que el sujeto activo pudiera pensar que su comportamiento era tan lícito como lo sería de reiterarse unos días más tarde que el día en que cometió el hecho que se le imputa en esta causa".

En definitiva, en el supuesto de hecho que es objeto del presente recurso, el carácter invencible del error no es sino consecuencia de un análisis de los hechos que no prescindan de la personalidad de sus protagonistas, de su contexto cultural y, sobre todo, de la inicial licitud que preside sus primeros contactos sexuales. La fecha en la que se produjeron los dos episodios sexuales considerados punibles, puesta en relación con la de entrada en vigor de la reforma que criminalizaba el contacto sexual con menores de 16 años, añade razones para proclamar el carácter invencible del error y la total exclusión de la culpabilidad.

Procede la estimación del motivo con la consiguiente absolución del acusado recurrente.

4.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que **debemos declarar** y **declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Pascual**, contra la sentencia de fecha 1 de junio de 2016, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid en causa seguida contra el mismo por un delito de abusos sexuales, **casando** y **anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral García

D. Juan Saavedra Ruiz D. Joaquín Giménez García

10413/2016P

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 13/10/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 782/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil dieciséis.

Por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el procedimiento ordinario núm. 164/2016, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valladolid, se dictó sentencia de fecha 1 de junio de 2016, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expuestas en los FFJJ 2º y 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del motivo único formalizado por el recurrente. Declaramos erróneamente aplicado el art. 14.3 del CP y proclamamos el carácter invencible el error de prohibición apreciado en la instancia, con la consiguiente exclusión de la culpabilidad de Pascual .

III. FALLO

Que **debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Pascual del delito por el que venía siendo acusado.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral García

D. Juan Saavedra Ruiz D. Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.