



Roj: **STS 3712/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3712**

Id Cendoj: **28079120012022100800**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2022**

Nº de Recurso: **10731/2021**

Nº de Resolución: **811/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Cataluña, 21-09-2021 (rec. 242/2021),
STS 3712/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 811/2022

Fecha de sentencia: 13/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10731/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota: ATENCION: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN SU PREVIA OCULTACION DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACION (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NUMERO DE RECURSO DEL T.S., NUMERO DE RECURSOS DE ORIGEN)

RECURSO CASACION (P) núm.: 10731/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 811/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 13 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10731/2021, interpuesto por **Jesus Miguel**, representado por el procurador D. Juan Luis Senso Gómez, bajo la dirección letrada de D. Jorge Izquierdo Freire, contra la sentencia nº 299/2021, de fecha 21 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Apelación nº 242/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y como parte recurrida: Zaira y Marí Trini, representadas por el procurador D. José Fernando Lozano Moreno, bajo la dirección letrada de D. Iván Ramírez Castañeda.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de DIRECCION000, instruyó Procedimiento Sumario Ordinario nº 1/2018, contra Jesus Miguel, por delito de agresión sexual a menor de 16 años y maltrato en el ámbito familiar, y una vez concluso, lo remitió a la Sección Vígésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 76/2019, dictó sentencia nº 286/2021, de fecha 13 de abril de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<I.- El procesado Jesus Miguel, nacional de Marruecos, con pasaporte número NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el NUM001 -1991, sin antecedentes penales y en situación administrativa irregular en España, mantuvo desde el verano de 2016 hasta abril de 2018 una relación sentimental con Marí Trini, quien al inicio de la relación contaba catorce años de edad, en tanto que nacida el NUM002 de 2002. Durante la relación, el procesado, movido por el ánimo de satisfacer su deseo sexual y siendo conocedor de la edad de Marí Trini, mantuvo habitualmente relaciones sexuales plenas con esta, hasta el punto de que la menor quedó embarazada y hubo de practicársele un aborto el 12 de enero de 2018.

II.- No ha quedado probado que dichas relaciones sexuales en ocasiones, sobre todo después del embarazo, fueran inconscientemente por la menor, ni las mismas se produjeran en un clima de dominio y violencia ambiental generada por el propio procesado, ni tampoco que el procesado, con el fin de conseguir sus lúbricos deseos, la obligara agarrándola por las muñecas ni por el cuello, ni que en una ocasión la golpeara con un cenicero en la cabeza.

Tampoco ha quedado probado que en ocasiones la suministraba pastillas para anular o disminuir la voluntad de la víctima.

III.- No ha quedado probado que, el procesado, desde el invierno de 2016 y hasta el final de la relación; adoptara una actitud de constante violencia hacia su compañera sentimental, ni que la que agrediera física prácticamente a diario, desde el invierno de 2016 hasta abril de 2018, propinandole patadas y tirones de pelo, ni psicológicamente ni que generara una situación de dominio y control de Marí Trini sobre su estilo de vida, como vestir y arreglarse, ni que le impidiera ir con amigos y amigas, ni que le alejara de su entorno y de su familia.

IV.- Marí Trini fue asistida en fechas de 16, 18 y 19 de Abril de diversos rasguños superficiales en la frente, dolor a la palpación en pómulo izquierdo, Pequeño hematoma en antebrazo izquierdo, hematoma en labio superior y dolor y eritema a la palpación en el tercer dedo de la mano derecha, por lo que precisó de una primera asistencia facultativa para su sanidad, tardando en curar cinco días durante los que la perjudicada no estuvo impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales; hematoma y dolor a la palpación infraorbitaria izquierda, por lo que precisó de una primera asistencia facultativa para su sanidad, tardando en curar siete días durante los que la perjudicada no estuvo impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales, no habiendo quedado probado las fechas, origen y circunstancias en la que las mismas se produjeron.

IV. No ha quedado probado que el acusado en reiteradas ocasiones entre el invierno del 2016 y el mes de Abril del 2018 amenazara a Marí Trini diciéndole "que si le contaba algo a su familia iría a su casa y dejaría solo vivos a los niños pequeños".

V.- La entonces menor Marí Trini presentaba al ser examinada por el Equipo de psicólogos del EATPenal, sintomatología ansioso depresiva y elementos propios de un cuadro de estrés postraumático, con conductas evasivas, hipervigilancia e imágenes y recuerdos intrusivos sobre el agresor, cuyo origen y circunstancias no han quedado debidamente acreditados.



VI.- El procesado se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 28 de abril de 2018, que fue prorrogada por auto de fecha 11 de Marzo del 2020 por un periodo máximo de dos años. >>

SEGUNDO.- La Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<1º Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Jesus Miguel de los dos delitos de maltrato en el ámbito familiar del art 153,1º del CP, del delito continuado de amenazas en el ámbito familiar del art 171,4º y 74 del CP, del delito de maltrato habitual del art 173,2º del Cp y del delito de agresión sexual a menor de 16 años del ap,2º del art 181 del CP, declarando de oficio las 3/4 partes de las costas.

2º Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Jesus Miguel como autor responsable de un delito de abusos sexuales continuados a menor de 16 años del art 183,1º y 74 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRISION, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena en términos de los arts. 54 y 56 CP.

Asimismo, de conformidad con el artículo 57.1 CP en relación con el artículo 48.2 CP, en aras a salvaguardar la seguridad de la víctima y conseguir su reparación tras los hechos que han sido declarados probados, procede imponer las penas accesorias de prohibición del ya condenado de acercarse a menos de mil metros de Marí Trini ., a su domicilio, centro docente al que asista, lugares que frecuente y de cualquier lugar donde la misma se encuentre, así como prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante un periodo de 10 años.

De conformidad con el artículo 192 CP en relación con el artículo 106 del mismo texto legal, aunque por un plazo de 8 años procede imponer la medida de libertad vigilada a concretar en momento procesal oportuno la medida a imponer de las previstas legalmente.

Sera de abono el tiempo transcurrido en prisión provisional conforme dispone el art 58 del CP.

La expulsión del Sr. Jesus Miguel del territorio nacional, una vez cumplidas las dos terceras partes de la condena privativa de libertad, y consecuente prohibición de entrada en España durante 6 años.

Evidentemente la medida adoptada al amparo del art. 192 CP operará únicamente en caso de que no proceda expulsión alguna.

Por vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a Marí Trini en la cantidad de 6000 Euros, por daños morales con aplicación de lo dispuesto en el art 576 LEC.

Notifíquese esta Sentencia al Mº Fiscal y resto de las partes personadas y hágaseles saber que contra la misma podrá interponer recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, anunciado ante esta Sección Vigésima de la Audiencia Provincial dentro del plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la última notificación. >>

TERCERO.- Notificada la referida sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la representación procesal de Zaira y Marí Trini ; y por la representación procesal de Jesus Miguel , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña, que en el Rollo de Apelación nº 242/2021, dictó sentencia nº 299/2021, de fecha 21 de septiembre de 2021, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

<<NO HA LUGAR a los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Procuradora Dª María Gallardo de la Torre, en representación de Zaira y Marí Trini , y por el Procurador D. Pol Sans Ramírez, en nombre y representación de Jesus Miguel , contra la sentencia dictada en fecha 13 de abril de 2021, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª), la cual confirmamos íntegramente.

Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en esta alzada. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Jesus Miguel , por infracción de ley, 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.

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Jesus Miguel :

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1, en relación con el art. 847.1.b), ambos de la LECrim, por vulneración del art. 14 CP.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1, en relación con el art. 847.1.b), ambos de la LECrim, por vulneración de los arts. 183.1 y 3, en relación con el art. 183 quater y con el art. 74 CP.



SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 5 de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Jesus Miguel

PRELIMINAR.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 299/2021, de 21-9, en Rollo de Apelación nº 242/2021, que confirmó la sentencia dictada por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 286/2021, de 13-4, en autos de Sumario nº 76/2019, dimanantes del Sumario 1/2018, del Juzgado de Instrucción nº 6 de DIRECCION000, desestimando los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal, con adhesión de Zaira y Marí Trini, y el acusado Jesus Miguel, y confirmó el pronunciamiento condenatorio a este último como autor responsable de un delito de abusos sexuales continuados a menor de 16 años del art. 183.1 y 74 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de 10 años y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, en términos de los arts. 54 y 56 CP, así como las accesorias de prohibición de acercarse a menos de mil metros de la menor, a su domicilio, centro docente al que asista, lugares que frecuente y de cualquier lugar donde la misma se encuentre, así como prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante un periodo de 10 años.

Igualmente se impuso la medida de libertad vigilada por un plazo a concretar en el momento procesal oportuno y una vez cumplidas las dos terceras partes, y a la indemnización por daños morales de 6.000 €, con aplicación de lo dispuesto en el art 576 LEC.

Se interpone el presente recurso de casación por Jesus Miguel por dos motivos: El primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1, en relación con el art. 847.1.b), ambos de la LECrim, por vulneración de los arts. 183.1 y 3 en relación con el art. 183 quater y con el art. 74 CP.

Es necesario por ello efectuar unas consideraciones previas sobre la reforma operada por Ley 41/2015, de 5-10, que introdujo el previo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia y del que conocen las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este sentido, hemos dicho en recientes sentencias 552/2021, de 23-6; 580/2021, de 1-7; 642/2021, de 15-7; 805/2021, de 20-10; 25/2022, de 14-1; 360/2022, de 7-4; 672/2022, de 1-7, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada



por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo; 1249/2009 de 9 de diciembre; 882/2016, de 23-11; 236/2017, de 5-4).

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala -SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 7 de mayo de 2019, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo,



Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. La ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta



que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

PRIMERO.- Partiendo de estas premisas, analizaremos el motivo primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 en relación con el art. 847.1.b) ambos de la LECrim, por vulneración del art. 14 CP.

Sostiene el motivo que no se ha acreditado más allá de toda duda razonable que conociera la verdadera edad de la menor. Afirma que desconocía la edad ya que aparentaba una mayor edad, que la conoció a través de una amistad que, de hecho, le dijo que tenía 19 años. Sostiene que en ese desconocimiento tuvo una relación normal con ella, con relaciones sexuales consentidas, conviviendo juntos dos años.

Afirma, además, que concurriría también junto al error de tipo por desconocimiento de la edad, un error de prohibición dado que el acusado proviene de una cultura muy diferente donde el matrimonio de menores es, más que una excepción, una norma. Recién llegado a España y procedente de una cultura distinta de la nuestra con el matrimonio de menores interiorizado, no habla español, no conoce las normas y no llegó a plantear una relación con Marí Trini que pudiera acarrearle consecuencia alguna.

1.1.- El motivo, se adelanta, debe ser desestimado, no solo porque se plantea desde una perspectiva procesal equivocada, al ser constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas, entre las más recientes, ss. 917/2021, de 24-11; y 952/2021, de 2-12, en el sentido de que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto



penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.2.- Siendo así, el hecho probado recoge que el procesado "mantuvo desde el verano de 2016 hasta abril de 2018 una relación sentimental con Marí Trini , quien al inicio de la relación contaba catorce años de edad, en tanto que nacida el NUM002 de 2002. Durante la relación, el procesado, movido por el ánimo de satisfacer su deseo sexual y siendo conocedor de la edad de Marí Trini , mantuvo habitualmente relaciones sexuales plenas con esta, hasta el punto de que la menor quedó embarazada y hubo de practicársele un aborto el 12 de enero de 2018."

Igualmente la Audiencia estableció en el hecho probado que: "No ha quedado probado que dichas relaciones sexuales en ocasiones, sobre todo después del embarazo, fueran inconsentidas por la menor, ni las mismas se produjeran en un clima de dominio y violencia ambiental generada por el propio procesado", absolviendo por ello al hoy recurrente de los delitos de agresión sexual, maltrato habitual y continuado de amenazas de los que acusaban el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Por ello el motivo deviene inaceptable, dado que las sentencias de instancia y apelación declaran probado que el recurrente "era conocedor de la edad de Marí Trini " y llegan a tal conclusión partiendo de la declaración de la menor en el plenario en el sentido de que conoció al acusado en el verano, por mediación de una amiga del acusado y cuando tenía 14 años de edad y estudiaba en el Instituto segundo de la ESO. Que el acusado era conocedor de las anteriores circunstancias. Que sé hicieron novios a la semana de conocerse y que al cabo de unos dos o tres meses pasó a vivir con el acusado, abandonando el Instituto y sus amistades por indicación del acusado.

Frente a ello el acusado declaró que la conoció por un amigo de 19 años que le manifestó que Marí Trini tenía 19 años, que desconocía que estaba estudiando, que le dijo que trabajaba con su madre. Añadió que cuando se enteró de la verdadera edad de Marí Trini dejó de mantener relaciones sexuales con la misma, intentado dejar la relación, a lo que aquella se negaba, lo que produjo diversas discusiones entre ambos.

La AP para acreditar que el acusado conocía la edad de ella señala que lo declaró así la menor y, además, que de las declaraciones en instrucción del acusado se desprende que ante el Juzgado de Instrucción en fecha 28 de abril de 2018, manifestó que supo la edad de Marí Trini diez meses antes de esta declaración. A la vista de ello, razona la AP, atendida la fecha en que la menor interrumpió el embarazo -12 de enero de 2018- y la



duración que llevaba la gestación (10-11 semanas) es evidente -como expresa la AP en su sentencia- "por una lógica matemática, que la fecundación se produjo cuando éste conocía la verdadera edad de Marí Trini".

La sentencia recurrida -esto es, la de apelación- concluye ratificando lo expuesto por la sentencia de instancia que: "En efecto, no solo tiene en cuenta la diferencia de edad entre acusado y perjudicada, 11 años, que objetivamente considerada ya impediría hablar de proximidad entre ambos, sino también otros extremos como son: A).- La menor siempre ha sostenido que el acusado conocía que tenía 14 años; B).- El acusado no podía desconocer que Marí Trini vivía con su madre; C).- Marí Trini no presenta un grado de madurez mental superior al que correspondía por su edad, tal como se desprende del informe forense aportado a la causa; y, D). El acusado llevaba una vida independiente y no presenta un grado de madurez inferior a su edad cronológica o limitación intelectual que le impidiera conocer realmente la trascendencia de su relación con la menor.

A ello debemos añadir que en las intervenciones policiales que tuvieron lugar la menor era llevada de vuelta a casa de su madre, algo que el acusado conocía, lo que no hubiera tenido lugar en caso de ser mayor de edad".

Y de ahí concluye que no ha quedado probada la existencia de error de tipo, pues la menor siempre ha sostenido que el acusado sabía que tenía 14 años de edad, y en todo caso, el hecho de que Marí Trini viviera en casa de sus padres y fuera al instituto, que precisamente dejó por recomendación del acusado, le permitía conocer su minoría de edad, sin que exista dato alguno, salvo ese supuesto amigo que le dijo que Marí Trini tenía 19 años cuando se la presentó, que nos permita afirmar que el acusado desconocía su edad.

Resulta totalmente increíble y va contra el sentido común que en el curso de una relación que duró más de un año y en la que se produjo incluso una interrupción de embarazo, el procesado ignorase por completo que su pareja tiene menos de 16 años.

1.3.- Razonamiento correcto y asumible en esta sede casacional por cuanto en relación al desconocimiento de la edad inferior a 16 años, hemos dicho en SSTS 392/2013, de 16-5; 97/2015, de 24-2; 916/2021, de 24-11; 25/2022, de 14- 1; 360/2022, de 7-4, que el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTS. 753/2007 de 2.10, 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP. se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS. 1254/2005 de 18.10) .

En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 16 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 16 años.

Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del delito continuado de abuso sexual y corrupción de menores de 16 años, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual



deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, lo que en modo alguno se ha producido.

1.4.- Por último, en cuanto al alegado error de prohibición al proceder el recurrente de una cultura muy diferente, donde el matrimonio de menores es más que una excepción, una norma, por lo que nunca fue consciente de la ilicitud del hecho, tal pretensión debe, igualmente, ser rechazada.

En primer lugar, tal como señala el Ministerio Fiscal en su documentado informe impugnando el motivo, se trata de una cuestión nueva, no invocada en la previa apelación, la propia sentencia del Tribunal Superior de Justicia destaca que es importante señalar que en el recurso no se cuestionó que el acusado desconociera que no podía tener relaciones sexuales con una menor de 16 años, sino que creía que Marí Trini tenía 19 años porque se lo dijo un amigo cuando se la presentó. Y es jurisprudencia consolidada de esta Sala -vid. STS 73/2022, de 27-1- que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad. Lo contrario adentraría a esta Sala en cuestiones sobre las que los tribunales que nos precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellas por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría la casación.

Tradicionalmente se han venido admitiendo dos clases de excepciones a este criterio. En el caso de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y, también, en el caso de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

Se trata de excepciones a la regla general que se fueron asentando en un sistema en el que el recurso de casación estaba abocado a suplir una inexistente segunda instancia, que han sido interpretadas con una generosidad no justificada si ha mediado un previo recurso de apelación, como en este caso. Por lo que, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo". Criterio respaldado por la STS 345/2020 de 25 de junio, del Pleno de esta Sala.

En palabras que tomamos de la STS 84/2018 de 15 de febrero "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscribe al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)".

En segundo lugar, y aún analizando la posible concurrencia del error de prohibición, éste, según la jurisprudencia (SSTS 336/2009, de 2-4; 266/2012, de 3-4; 461/2020, de 17-9), se constituye, cual reverso de la conciencia de la antijuricidad, y que se integra como elemento constitutivo de la culpabilidad, exigiendo que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la



norma concreta infringida y únicamente excluye o atenúa la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho.

Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y se decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva (STS 1141/97 de 14-11). Es decir, basta la conciencia potencial o la alta probabilidad de la antijuridicidad, sin que sea necesaria la conciencia real.

Del mismo modo, han dicho las SSTS 411/2006, de 18-4, 1287/2003, de 10-10, que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia, razón por la que se requiere para la punición de la conducta antijurídica lo que se ha denominado doctrinalmente "conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza".

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y que únicamente concorra error de prohibición en el sentido del artículo 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente sea lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concorra error sobre la subsunción técnico- jurídica correcta.

Como decía la STS 601/2005, de 10.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y como recuerdan las SSTS 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003 de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la ausencia de conocimiento sobre la verdadera significación antijurídica de la conducta.

Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada tanto por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como por el error sobre el presupuesto y concurrencia de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible de prohibición, directo o indirecto, se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 CP.

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20.2.98, 22.3.2001, 27.2.2003), ha afirmado reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" (STS 11.3.96, 3.4.98), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio "ignorantia iuris non excusat", y que cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (STS 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987).

El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en la STS 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos mala quia prohibita. Malos en cuanto son prohibidos).

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.



En sede probatoria la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS 302/2003 de 27.2, 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 habrá 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.

1.5.- En el caso presente, el desconocimiento de la ilicitud de mantener relaciones sexuales con menor de 16 años no puede ser aceptado. En el propio motivo se refiere que La Mudawa (Código de Familia marroquí) estipula que la edad para casarse es 18 años, y la construcción de un error de prohibición en estos delitos, en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas, máxime en abusos sexuales a menores, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión generalizada.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 en relación con el art. 847.1.b), ambos de la LECrim, por vulneración del art. 183.1 y 3, en relación con el art. 183 quater CP.

Insiste el motivo en que no ha quedado acreditado si conocía la verdadera edad de Marí Trini, y solicita la aplicación del art. 183 Marí Trini, afirmado que la menor es la que consiente con la relación, que se inicia cuando Marí Trini tenía 14 años aunque aparentaba mayor edad y conoció al acusado a través de una amistad, mantuvo una relación con él y con relaciones íntimas consentidas, que la madre no aceptaba, pero que Marí Trini se negaba a dejarlo, incluso después de interrumpir un embarazo. De hecho, afirma, convivieron durante más de dos años, hasta que Marí Trini se fue a un centro de menores. Cuando salió, volvió con el acusado y después de interrumpir el embarazo (porque al parecer su madre no quería que tuviera un hijo con un magrebí) volvió con el acusado, puesto que quería estar con él y tener relaciones con él.

El hecho de que Jesus Miguel posteriormente dejara la relación podría haber sido, afirma, el detonante de que Marí Trini se sumara a la denuncia de su madre.

Concluye que, en el presente caso, de todas las circunstancias relatadas, no se aprecia un desequilibrio relevante y notorio de la menor con el acusado, ni desde el punto de vista objetivo ni subjetivo, dado que ambos, no sólo compartían amistades sino que vivían juntos.

El motivo se desestima.

2.1.- La pretensión del recurrente de no haberse visto afectada la indemnidad sexual de la menor por ser consentidas las relaciones sexuales, no resulta relevante, a efectos del tipo penal aplicado, art. 183.1 y 3.

En efecto, debemos recordar que los tipos penales relacionados con la indemnidad y libertad sexual de menores de 16 años, tratan de procurar la protección de los menores que al encontrarse en un periodo trascendental de su personalidad, puede ésta verse afectada por actuaciones que puedan condicionar de un modo negativo la vida de futuro de aquellos y de alguna manera, limitada su propia dignidad, por lo que es irrelevante el consentimiento de la menor en este tipo de delitos.

En este sentido cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto.

En efecto, tratándose de menores de 16 años, los artículos citados establecen una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y libre voluntad de acción exigibles.

Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es solo posible y siendo iuris et de iure no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de una capacidad que la ley considera incompleta, porque en esas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contra estímulos fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su identidad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda la fuerza el argumento de la intangibilidad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Consecuentemente en los supuestos de menor de 16 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resultando irrelevante el consentimiento de aquel en mantener relaciones -u otra conducta relacionada con el ámbito sexual- toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada



libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la voluntad de éste.

En estos supuestos hay una presunción legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en virtud de esta presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica (ver STS 147/2017, de 8-3).

- Es cierto -como hemos dicho en reciente STS 446/2022, de 5-5- que la reforma LO 1/2015 añadió un nuevo artículo, el 183 quáter, que establece que "el consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez."

De la lectura de dicho precepto se desprende que tras la reforma de 2015 nuestro C.P. establece una presunción iuris tantum de falta de capacidad de los menores de 16 años para consentir. Para enervarla no será suficiente con acreditar la madurez del menor, sino que será necesaria igualmente la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente. La eficacia del consentimiento es admitida en nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima.

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6-6, sobre la interpretación del art. 183 quáter del CP, se contienen las siguientes conclusiones:

1ª El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 quater CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2ª El Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3ª El art. 183 quater no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4ª Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

5ª La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatarse caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.

8ª Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación.

Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

9ª La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

2.2.- En el concreto supuesto que nos ocupa, el acusado nació el NUM001 -1991 y la menor el NUM002 -2022, esto es, una diferencia de más de 11 años, y tenían al inicio de los hechos, 25 y 14 años respectivamente, diferencia de edad que está, sin duda, fuera del límite que permite la aplicación de la cláusula de exención de responsabilidad, al resultar superior a la máxima admitida doctrinal y jurisprudencialmente, sin que dejen margen aquellas edades al criterio exculpatorio.



Y en cuanto a la madurez, debe tenerse en cuenta que la Audiencia ya recogió que Marí Trini vivía en casa de sus padres y según informe médico forense no presentaba en modo alguno un grado de desarrollo superior al propio de su edad y que su madurez tampoco era superior a dicha edad. Por el contrario, en el acusado, que llevaba una vida independiente, "no observamos en el mismo un grado de madurez inferior a la edad cronológica o limitación intelectual que le impidiese conocer realmente la trascendencia de su relación con la menor.

En definitiva, como dice la sentencia recurrida, nos encontramos ante una relación asimétrica, no solo en relación a la edad, sino también en el grado de madurez de ambas partes. No existe en el acusado y Marí Trini simetría de edad y del grado de madurez o desarrollo, no había una situación de igualdad entre ambos, por lo que deviene inaplicable el art. 183 quater CP.

TERCERO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Jesus Miguel** , contra la sentencia nº 299/2021, de fecha 21 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Apelación nº 242/2021.

2º) Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina