



Roj: **STS 8657/2007 - ECLI:ES:TS:2007:8657**

Id Cendoj: **28079120012007101066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2007**

Nº de Recurso: **879/2007**

Nº de Resolución: **1070/2007**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Huelva, Sección 3ª, 23-02-2007,
STS 8657/2007**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil siete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el procesado Evaristo, representado por el Procurador D. Luis José García Barrenechea, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, con fecha 23 de febrero de 2007, que lo condenó por un delito de abuso sexual. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION004, instruyó sumario nº 1/2006, contra Evaristo, por un delito continuado de abuso sexual, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, que con fecha 23 de febrero de 2007, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Que en el mes de Septiembre de año 2005 el procesado Evaristo, nacido el día NUM006 de 1987 y sin antecedentes penales a los efectos de esta causa, conoció a la menor a Natalia, nacida el día NUM005 de 1993, amistad que generó una relación de noviazgo y en el curso de la misma durante los meses de Noviembre y Diciembre de ese año 2005 mantuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal hasta en tres ocasiones con pleno conocimiento por parte del procesado de la edad de Natalia relaciones en las que no se empleó ni violencia, ni intimidación y fueron plenamente consentidas por la menor.- Como consecuencia de esas relaciones Natalia quedó embarazada, embarazo que fue finalmente interrumpido." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO.- En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido.- CONDENAR a Evaristo como autor responsable de un delito continuado de Abuso Sexual ya definido no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de SIETE AÑOS DE PRISION con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas procesales; debiendo indemnizar a Natalia en la suma de 1.000 Euros." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por el condenado, 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 del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del art. 849.1º por inaplicación del art. 14.3 del CP.



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

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 28 de noviembre de 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La alegación de error exige examinar las circunstancias del caso concreto.

El recurrente alega un único motivo de casación, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que la condena infringe el art. 14.3, del Código Penal.

Constituye hoy, en efecto, una tesis pacífica que la culpabilidad integra como uno de sus elementos la conciencia de antijuridicidad, de lo que deriva que, cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a Derecho, el mismo no le es personalmente reprochable, aunque sea antijurídico.

De ahí que el art. 14.3 del Código Penal de 1995, tras el precedente del art. 6 bis del de 1973, exima de responsabilidad penal cuando se estime que concurre un «error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Bien entendido que, como recuerda la Sentencia de esta Sala 865/2005 de 24 de junio tal error difiere del: "... caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal. ...o, añade, ... nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal. ... ni es relevante la mera ... equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta Y lo que interesa aquí destacar.... el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

Funda su pretensión el aquí recurrente en la premisa de que el acusado "ni siquiera duda" de que su comportamiento pudiera ser ilícito. Estima que el error sobre el significado de su conducta en referencia a su antijuridicidad era invencible.

Desde luego es indiscutible que, dado el cauce procesal elegido para el recurso, las manifestaciones de la sentencia en cuanto a los hechos que han resultado probados son intocables e ineludibles.

Tales premisas fácticas se encuentran, en lo que interesa a la cuestión planteada, tanto en el apartado de hechos probados como, en buena medida en la fundamentación jurídica. Y cabe sintetizarlos así:

1º.- El condenado y la menor mantenían -y no consta que dejaran de mantenerla- una relación de noviazgo.

2º.- Al iniciarse esa relación (dice en sus fundamentos jurídicos la recurrida) se mantuvo una reunión en el domicilio de la menor en presencia de su padre, sin que conste su oposición, ni otra consideración que la de que se reflexionó sobre la edad. En modo alguno consta que se hiciese consideración -menos aún advertencia o admonición- respecto al mantenimiento de relaciones sexuales.

3º.- El acusado sabía que la menor había nacido el día NUM005 de 1993.

4º.- En el mes de noviembre los novios conversaron sobre la posibilidad de mantener relaciones sexuales, decidiendo que la menor reflexionaría sobre ello.

5º.- Una vez que la menor decidió mantener dichas relaciones, las mantuvieron en tres ocasiones, durante ese mes y el de diciembre de 2005.

6º.- El acusado había cumplido los 18 años el día 15 de octubre de 2005.

SEGUNDO.- La protesta de error realizada por el acusado se muestra veraz.

Nada se discute sobre el bien jurídico protegido en el delito imputado. Ni sobre la concurrencia del elemento típico de ser la supuesta víctima menor de edad de trece años, así como que tal dato era conocido por el acusado. Ni tampoco se discute que el consentimiento de la menor de trece años no obsta la concurrencia de todos los elementos del tipo.



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 jurídico 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.

Debemos pues comenzar por valorar si la existencia del error viene dada como probada, en la sentencia recurrida, o si, de los hechos declarados probados, cabe concluir la veracidad o falsedad de dicha alegación de error.

La sentencia recurrida solamente se cuida, entre los enunciados de hechos probados, de afirmar que el sujeto conocía el elemento del tipo constituido por la edad de la menor. Y, en cuanto al error de prohibición, entre los fundamentos jurídicos solamente recuerda la exigencia de que debe ser probado.

Con independencia de que también extienda -inadecuadamente- esa exigencia a la calificación de vencibilidad, atina al señalar que, además de no bastar la mera manifestación o protesta de tal error por parte del acusado, la probabilidad de existencia del error está en función de la naturaleza de la norma que establece la prohibición y, por otro lado, de las circunstancias fácticas del caso concreto.

Porque, en efecto, existen contenidos normativos que tipifican conductas sobre cuya ilicitud no cabe, en principio, admitir duda razonable. De la misma manera que los elementos de hecho que componen determinados comportamientos, singularmente los de naturaleza violenta, alejan toda duda sobre su proscripción.

Ocurre que la sentencia omite, tras diversas consideraciones genéricas, pronunciarse concretamente sobre si el recurrente, cuando afirma desconocer la ilicitud de la relación sexual que se le imputa, es tenido, o no, por mendaz. Ello no impide que, en el marco del motivo alegado, (infracción de ley) se controle, dados los hechos declarados probados, si la inferencia que esos autorizan, según pautas de lógica y experiencia, coincide con la consideración de su falsedad, que aparece implícita en la decisión de la sentencia.

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 -premisa menor- 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 acriticamente 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.

Por ello debemos disentir de la sentencia apelada en cuanto presupone, que no afirma, que el sujeto no se encontraba preso de error sobre la trascendencia jurídica de su comportamiento.

TERCERO.- Ese error era, además, invencible.

No se trata ahora de realizar un control de las premisas fácticas de la sentencia recurrida. De lo que el Tribunal, de acuerdo con la tesis del recurso, debe dejar ahora constancia es de la discrepancia sobre la valoración del



hecho probado a los efectos del juicio normativo sobre las consecuencias que derivan de lo dispuesto en el art. 14 del Código Penal.

No se trata ahora de establecer si el comportamiento del acusado satisface o no las exigencias del tipo del art. 181.2 del Código Penal. Ello es indudable. Concorre la realidad del acceso carnal, la edad de la persona con la que aquél se mantiene por parte del acusado. Y, porque así lo dice expresamente la sentencia, la conciencia en el acusado de tal dato de la edad de la novia.

De lo que se trata es de la valoración de si, pese a ello, el acusado no debe ser considerado culpable por razón de tal conducta. Porque el error de prohibición, estimamos, excluye tal culpabilidad, cuando es invencible. Es decir debemos concluir que el acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico. Obviamente, como hemos reiterado, en sentido diverso del error de subsunción. Y tal exculpación ocurre porque, como indica la doctrina, situado en tal error invencible el sujeto no puede considerarse motivado por tal norma.

La evitabilidad del error no excluye la culpabilidad, siquiera la atenúe por la menor entidad del reproche al autor.

Pues bien, la cuestión de la evitabilidad no pasa solamente, y, desde luego, no en este caso, por la existencia de posibilidades de conocer la reprobación que la norma, la actual al tiempo del hecho, hace de su comportamiento. Pasa, antes incluso, por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto.

Para ello es imprescindible una reflexión sobre las específicas circunstancias del caso concreto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores. De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización.

Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el acusado, no solamente estaba incurso en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible.

Lo que nos lleva a estimar este motivo con la consecuencia, a establecer en la segunda sentencia que dictamos a continuación, de absolverle del delito por el que venía condenado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procede declarar de oficio las costas de este recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Evaristo , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, con fecha 23 de febrero de 2007, que lo condenó por un delito de abuso sexual, sentencia que se casa y se anula dejándola sin efecto, en los términos que se establecen en la que a continuación dictamos; con declaración de oficio de las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil siete.

En la causa rollo nº 5/06, dimanante del sumario nº 1/06, incoada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION004 , seguido por un delito de abuso sexual, contra Evaristo , nacido el día NUM006 de 1987, con DNI nº NUM000 , estando en libertad provisional por esta casusa, en la cual se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Huelva con fecha 23 de febrero de 2007, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.



I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones que dejamos dichas en la precedente sentencia del comportamiento imputado al recurrente, que describe la sentencia recurrida en los hechos probados, no cabe considerar a éste culpable, por lo que, conforme a la exculpación establecida en el art. 14.3 del Código Penal, debemos absolverle, con declaración de oficio de las costas causadas en la instancia.

Por ello

III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Evaristo , del delito de abuso sexual por el que venía condenado; con declaración de oficio de las costas de la instancia y dejando sin efecto cuantos demás pronunciamientos fueron dictados contra el mismo.

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

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.