

Análisis de la sentencia 782/2016, de 19 de octubre, de la sala segunda, del Tribunal Supremo español, en lo relativo a la estimación de la invencibilidad del error de prohibición en cuanto a determinadas relaciones sexuales mantenidas con una menor de catorce años, teniendo en cuenta la modificación legal operada

~Diego Martín Fernández~

Abogado en Rodrigo Abogados, Toledo. Socio FICP.

I.- INTRODUCCIÓN.

Es objeto del presente trabajo el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo a que se hace mención en el título, ya que a través de la misma se efectúa un detallado estudio sobre la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición que puede recaer sobre un sujeto de 29 años de edad que venía manteniendo relaciones sexuales, consentidas, con una menor de 14 años de edad. Sobre todo, teniendo en cuenta que estas se desarrollan de forma previa y posterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Así, lo que en principio se debería entender como una relación que habría de quedar extramuros del ordenamiento jurídico penal, por cuanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, la edad que determinaba la capacidad para el mantenimiento de relaciones sexuales venía establecida en 13 años; se transformaría, automáticamente, en un actuar delictivo merecedor de reproche penal, ya que la entrada en vigor de dicha norma supuso el incremento de la misma hasta los 16 años.

II. DETERMINACIÓN Y ALCANCE DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.

Conforme se verá a continuación, el contenido de la indicada Sentencia del Tribunal Supremo nos efectúa una práctica, concisa y efectiva definición del error de prohibición, así como de los distintos que pueden concurrir en el seno del error de prohibición, directo o indirecto, vencible e invencible.

No obstante, y de forma previa a efectuar un análisis de lo indicado al respecto tanto por la Sentencia objeto de casación como la propia Sentencia del Tribunal Supremo, entiendo que habremos de efectuar una breve aproximación al concepto y características propias del error de prohibición.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico, se establece el error de prohibición en el artículo 14.3 del Código Penal¹, en donde se viene a definir como aquello inverso a la existencia de conciencia de antijuridicidad². Esto es, podremos indicar que concurre cuando el autor del hecho cree estar actuando, bien lícitamente, o bien, amparado por una causa de justificación³, con ausencia de conciencia de antijuridicidad. Sin que en ningún caso sea admisible el error burdo o la llamada ignorancia hostil del derecho⁴.

Por consiguiente, resulta imprescindible contar con una definición de aquello que se debe entender como conciencia de antijuridicidad para, a sensu contrario, poder entender la ausencia de ésta como configuradora del error de prohibición.

Siendo mayoritaria la doctrina que entiende que la conciencia de antijuridicidad se ha de entender como aquel conocimiento o consciencia que tiene el sujeto respecto de la afectación, con su actuación, a distintos intereses protegidos por el Derecho. Sin que sea preciso que conozca que sea justamente el ordenamiento penal aquel que está contraviniendo, sino, simplemente el ordenamiento jurídico en su conjunto⁵. Postura, ésa, dominante, también, en nuestra jurisprudencia⁶.

Creencia la del autor, de que obra con sujeción a Derecho, que nos llevará a determinar éste, el error de prohibición, como directo o indirecto. Siendo el directo aquel que recae sobre la conducta abstracta e indirecto el que recaiga sobre la creencia de concurrencia de una causa de justificación⁷, y que nos impedirá determinar la culpabilidad íntegra del sujeto⁸. Si bien, y dentro de la clasificación antedicha, caben subdividirse muchas más clases de error de prohibición⁹.

¹ Artículo 14.3 del Código Penal: *“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”*.

² SAP de Huelva 143/2014, de 2 de mayo.

³ AMADEO GADEA, S. Código Penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios, Factum Libri Ediciones, Madrid, 2015, p. 43.

⁴ LUZÓN PEÑA, D.M, Curso de Derecho Penal, Parte General, Universitas, 1996, p. 463

⁵ FAKHOURI GÓMEZ, Y. en: AAVV, Penal Económico y de la Empresa 2011-2012, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 93 y 94.

⁶ STS de 28 de octubre de 1998.

⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L./RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G./RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J./COLINA OQUENDO, P., Código Penal, concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2015, p.192.

⁸ MAGRO SERVET, V., La existencia del error de prohibición. Requisitos para su aplicación. Análisis de la SSTS de 14-12-07 y 8-4-2008, La Ley Penal, nº 53, Sección Práctica Penal, Madrid, 2008, p. 1.

⁹ OLAIZOLA NOGALES, I., Formas del error de prohibición, La Ley, Madrid, 2007, p. 1.

Y una vez definida la existencia o no del error de prohibición, directo o indirecto, se habrá de analizar si el mismo resulta, o no, vencible, en aras a que quepa o no reproche penal al sujeto autor de la conducta.

En tal sentido, y para determinar si el error resulta vencible o invencible, se habrá de partir de dos elementos precisos, cuales son la existencia o no de algún motivo que nos lleve a cuestionar la licitud del comportamiento y la posible concurrencia de la posibilidad de que el sujeto pudiera despejar dicho error¹⁰.

Siendo mayoritaria, la teoría de la culpabilidad, sostenida por los finalistas, que mantiene que el conocimiento, o ausencia de éste, respecto de la antijuridicidad, ha de ser valorado como un requisito autónomo de la culpabilidad. De tal forma que su ausencia no impide que persista el injusto doloso, pues éste afectará únicamente a la culpabilidad del autor. Mientras que, de otro lado, el causalimo, doctrina minoritaria, sostiene la teoría del dolo, en cuanto que mantienen que el error de prohibición lo excluye¹¹.

En suma, el error de prohibición, no supone sino una excepción al principio de *ignorantia iuris non excusat*, habida cuenta, en Derecho Penal, la responsabilidad del autor no puede imponerse de forma objetiva, sino que hay que estar a la culpabilidad de éste.

III.- PUNTO DE PARTIDA.

Parte la Sentencia objeto de estudio del recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia número 164/16 de fecha 1 de junio de 2016, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección cuarta, por la que se condenó a un sujeto como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual previsto y penado en el artículo 183.1 y .3 del Código Penal.

Concretamente, la referida resolución entiende, ante un supuesto de mantenimiento de relaciones sexuales consentidas, con penetración vía vaginal, que se venía desarrollando a lo largo del año 2015, entre una menor de catorce años y un mayor de edad, de 29 años, que aquellas relaciones que se habrían consumado con posterioridad al día 1 de julio de 2015, fecha en que entró en vigor la reforma del Código Penal, operada mediante LO 1/2015,

¹⁰ FAKHOURI GÓMEZ, Y., en: AAVV, Penal Económico y de la Empresa 2011-2012, op. Cit., p. 97.

¹¹ FERNANDO LABABA, S., Los límites de la culpabilidad, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Madrid, p. 24.

debían ser constitutivas del precitado delito¹². Si bien, no así las anteriores, por cuanto la versión vigente del Código Penal, en aquel momento, entendía que las mismas no eran constitutivas de ilícito alguno¹³.

No obstante, la Sentencia objeto de recurso, sí estimó la existencia de un error de prohibición, definido, en el artículo 14.3 del Código Penal Español, como aquel que recaer sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Si bien, entendiendo que el mismo habría de entenderse como vencible, por lo que se debería aplicar la pena inferior en uno o dos grados, y no una exclusión de responsabilidad penal, que habría de recaer en el supuesto de entender el error de prohibición como invencible.

Entendiendo que el mismo eran vencible por cuanto, a pesar de que el acusado era original de un tercer país que permite tales relaciones –como también las permitía la legislación española hasta la indicada modificación–, así como que sus relaciones de amistad se mantienen con personas de esa misma nacionalidad, lo que permitiría entender que concurría la inexistencia de conciencia de antijuridicidad, lo cierto es que había vivido durante la mayor parte de su vida en España y, además, reconocía que tal relación sentimental no estaba bien, por lo que, a pesar de que pudiese tener algún tipo de dificultad para conocer la modificación normativa, se debe entender el error como vencible. De tal forma que el sentimiento de noviazgo que en un principio podría mantener el acusado, de veintinueve años de edad, frente a su pareja de catorce años, y por el que mantenían relaciones sexuales consentidas, con penetración, que no eran constitutivas de ilícito penal alguno, de un día para otro se habría transformado en la comisión involuntaria de un delito contra la integridad sexual de su hasta entonces pareja, ahora víctima.

¹² Redacción vigente del artículo 183.1 y .3 del Código Penal, con posterioridad a la modificación operada por Ley Orgánica 1/2015: “1. *El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

...

3. *Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1,...*”.

¹³ Redacción vigente del artículo 183.1 y .3 del Código Penal, con anterioridad a la modificación operada por Ley Orgánica 1/2015: “1. *El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

....

3. *Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1...*”.

Ante tal pronunciamiento se interpuso en correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, entre otros motivos, por entender que el error de prohibición debía calificarse como invencible y no como vencible. De tal suerte que no procedería reproche penal alguno frente al autor de los hechos.

IV.- DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2016.

Sin embargo, la resolución dictada en Instancia es casada por el Tribunal Supremo que, al estimar el recurso de casación interpuesto, absuelve al acusado del delito continuado por el que se le había condenado, al entender que concurre un error invencible de prohibición, habida cuenta su desconocimiento de que su conducta era constitutiva de ilícito penal.

Así, y partiendo la Sala Segunda de los antecedentes de la misma, en cuanto que sostiene que uno de los más importantes avances del Derecho Penal consiste en reconocer la conciencia de antijuridicidad de la acción como un elemento de la culpabilidad, que de no concurrir impediría el reproche penal a la conducta correspondiente. Bien porque el sujeto activo de la acción creyese erróneamente que su conducta estaba permitida por el ordenamiento jurídico, lo que constituiría un error directo de prohibición, o bien porque entendiéndose, erróneamente, que concurriría alguna causa de justificación, lo que determinaría el error indirecto de prohibición; entiende que el actuar del acusado no es merecedor de reproche penal, por recaer en su conducta un error directo invencible de prohibición que impediría apreciar su culpabilidad.

Y entiende el Tribunal Supremo que el error ha de calificarse como invencible con base en determinados supuestos, pero, muy especialmente, uno; cual es que la relación que se venía manteniendo fue lícita hasta la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, operada por LO 1/2015.

Consecuentemente, entiende el Tribunal Supremo que lo que inicialmente se podría entender como una relación de noviazgo, no podría convertirse de un día para otro, con base en la publicación de la reforma del Código Penal, en un ilícito penal. Esto es, que la inicial conciencia de noviazgo no podría transformarse, en virtud de lo publicado en el Boletín Oficial del Estado, en un propósito delictivo por parte del varón. Pues ello nos debería llevar a sostener que se deberían consultar constantemente las publicaciones en el Boletín a fin de poder establecer la licitud o ilicitud de una relación de carácter afectivo, cuando no es sino

solamente tal carácter el que preside la relación, por entender que la misma se podría transformar en delictiva.

En suma, y con cita de distintas Sentencias de la misma Sala, entiende el Alto Tribunal que son dos los criterios que se han de tener en consideración para determinar la vencibilidad o no del error de prohibición. A saber, de un lado, la existencia o no del error en el actuar del sujeto y, de otro, la valoración del mismo. Siendo el primero de ellos un elemento empírico que se ha de acreditar en fase probatoria y, el segundo, un juicio de valor¹⁴.

Esto es, sostiene el Tribunal Supremo, en palabras del presidente de la Sala Segunda, que se ha de tener en cuenta la unidad de propósito, e integrar en ella la totalidad de los actos sexuales que se ejecutaron; también, los que lo fueron con anterioridad al día 1 de julio de 2015, de tal forma que no puede sostenerse que lo que inicialmente se entendiese como una voluntad propia de una relación afectiva se configure, de un día para otro, como una voluntad atentatoria contra la indemnidad sexual de la menor.

V.CONCLUSIÓN.

Como nos tiene acostumbrados, el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ponente de la Sentencia objeto de análisis a través del presente estudio, efectúa una sucinta pero esclarecedora descripción del concepto de error de prohibición previsto en el artículo 14.3 del Código Penal, y sus distintas clases.

Así, en primer lugar, se nos define éste como la inexistencia de conciencia de antijuridicidad en el sujeto activo del delito, pasando a determinar la posibilidad de que dicho error se pueda entender como directo o indirecto, si recae sobre la existencia de la prohibición o si lo hace sobre los límites de una causa de justificación. Determinando que, en todo caso, habremos de estar a dos elementos precisos para determinar tanto su existencia como su calificación, como vencible o invencible.

Elementos, éstos, que no son sino la efectiva prueba de la existencia del error en sí, que ha de quedar acreditada empíricamente y la existencia o no de posibilidad de haber eliminado

¹⁴ Véase en este Sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 1070/2007, de 14 de diciembre, en cuanto establece que: "... 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"

el mismo del sujeto, o dicho de otro modo, la vencibilidad o invencibilidad del error, que se ha de efectuar mediante juicio de valor.