

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1.ª), 19 DE OCTUBRE DE 2016 [ROJ: STS 4517/2016]

SENTENCIA ABSOLUTORIA POR ERROR DE PROHIBICIÓN – ARTÍCULO 183 CP RELACIÓN SEXUAL CONSENTIDA MANTENIDA POR UN ADULTO DE 29 AÑOS CON UNA MENOR DE 14 AÑOS

La Sentencia 4517/2016, de 19 de octubre, es un análisis muy interesante en la que se resuelve un caso vinculado con la relación mantenida entre un adulto de 29 años y una menor de 14 años. Dicha relación comenzó antes de la reforma traída por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la cual se modifica el Código Penal.

Con esta última reforma de 2015 –que se tornó aplicable desde 1 de julio de 2015– se elevó la edad en materia de consentimiento sexual en España de los 13 a los 16 años. Esta conducta que en principio podría no haber tenido relevancia para el mundo jurídico penal –salvo un eventual caso de prevalimiento–, con la elevación de edad en materia de consentimiento sexual, pasa a analizarse como una posible comisión de un delito de abusos sexuales. Las relaciones sexuales entre el adulto y la menor se iniciaron durante el año de 2015, anteriores a la vigencia de la reforma, no obstante, se podrían encuadrar como constitutivas de un supuesto delito continuado –arts. 183.1 y 3 del CP español–, las relaciones sexuales ocurridas el 20 de julio y 16 de agosto de 2015.

En primera instancia, en la sentencia n.º 164/16, dictada con fecha 1 de junio de 2016 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, se condenó al sujeto, apreciando un error de prohibición vencible, al entender que debió haber tenido consciencia de la ilicitud de la norma vigente, en la época en que tuvo dichas relaciones sexuales con la menor. Sin embargo, en segunda sentencia, el Tribunal Supremo absolvió al reo, apreciando un error de prohibición invencible. Para esto, tiene en cuenta criterios subjetivos del contexto cultural, la personalidad, así como el hecho de que la relación ha sido iniciada en un escenario de licitud. De esta forma el Tribunal, basado en la afirmación de «imposibilidad de exigir al acusado el conocimiento de una reforma legal de tanto alcance en su vida», admite como invencible el error de prohibición, con la consiguiente absolución del recurrente.

LA REFORMA PENAL DEL ARTÍCULO 183.1 Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA APLICADA EN EL CASO

La materia penal objeto del crimen juzgado en las sentencias (*a quo* y *a quen*) tiene que ver con el artículo 183.1 del Código Penal anterior a la reforma, redactado conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio, y el vigente después de la reforma de 2015.

Antes de la reforma, según la redacción del CP se consideraba la edad de 13 años como determinante de la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual. Sobre la discusión acerca de la presunción *iuris tantum* de dicha edad véase: [DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. 2015: «Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia directiva 2011/92/UE en la Reforma de 2015»](#). *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea], 2015, 3.ª Época, n.º 13, 15-18 [28 marzo 2017]. La autora señala que «antes de la reforma penal de 2010, existía un relativo consenso en torno a la existencia de una presunción *iuris et iure* de incapacidad para consentir válidamente en materia sexual», pero sigue razonando que con la reforma de 2010 se adopta una nueva postura –además de la anterior– que admite una presunción *iuris tantum* una vez que se puede conocer del consentimiento sexual «cuando se trata de menores con una similar edad y sin uso de violencia o intimidación. Lo anterior básicamente por razones de ausencia de antijuricidad». Presunción esta que se queda establecida ante la reforma de 2015, que hace referencia expresa a la posibilidad de exclusión de responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Después de la reforma 1/2015, el 183.1 del Código Penal aumenta a los 16 años la edad en materia de consentimiento sexual (entrando en vigor el 1 de julio de 2015).

A esta reforma de 2015, se puede hacer un pequeño apunte, respecto su carácter conservador bajo una perspectiva de género. En nuestro concepto, se percibe una tendencia más conservadora por parte del legislador. En efecto, tomando en cuenta que, en la mayoría de ocasiones, las víctimas de abusos sexuales son las mujeres, consideramos que el paternalismo, característica peculiar del patriarcado, se hace visible en esta alteración de la edad para consentimiento sexual, que salta a los 16 años. En la misma línea, este carácter más conservador se puede percibir con la modificación introducida por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, por la que se suprime la posibilidad de que las mujeres de 16 y 17 años presten su consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, sin comunicar a sus representantes legales, en los casos en que esta información les causaría un conflicto grave.

La mencionada ley establece: «Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil». En nuestro concepto, lo anterior pone un refuerzo «paternal» en la «protección a las mujeres menores», ya que se considera que en los casos de interrupción voluntaria del embarazo resulta imprescindible que las menores de 16 y 17 años no sólo presenten su consentimiento, sino que además su solicitud sea acompañada del consentimiento expreso de sus representantes legales, lo que puede representar un prejuicio para las mujeres que viven una situación de violencia

familiar. El paternalismo estatal anula la autonomía y libertad de elección que tenemos las personas y lo más pernicioso del paternalismo es que este daño suele ser visto como una forma de protección, una característica muy fuerte del patriarcado.

Además, en la sentencia se analiza la invencibilidad del error de la prohibición, a partir de dos puntos esenciales:

- a) **El delito continuado y la inmediata aplicación de la reforma penal *in pejus* en una relación que se inicia en la legalidad como forma de rechazo de la vencibilidad del error:** El tribunal *a quo* juzga la continuidad delictiva de las relaciones sexuales ocurridas después de la reforma legislativa. El Tribunal Supremo, a la luz del artículo 74 del CP, considera que hay una unidad de propósito de las relaciones desde que se iniciaron, en un territorio lícito, con las siguientes, que, realizadas después de la reforma, aparecen ahora como criminalizadas. Reputan que esta unidad de propósito no puede descomponerse artificialmente en perjuicio del reo. Refiere la sentencia que «Lo contrario supondría admitir que la intención inicial, esa que animó el comienzo de una “relación de sominoviazgo” transmutó su significado hasta convertirse en un propósito delictivo de atentar contra la indemnidad sexual de la menor».
- b) **El carácter subjetivo cultural de los protagonistas:** En la sentencia, se reconoce un respeto a la multiculturalidad, muy presente en España. El Tribunal Supremo razona que la nacionalidad ecuatoriana de los protagonistas y relaciones sociales que mantenían con personas de su propio país (aunque el reo lleva muchos años en España) les permitirían creer estar actuando de modo lícito. Los dos sujetos son de nacionalidad ecuatoriana, con una permisividad mayor en relaciones con menores de edad, incluso con admisión de matrimonio a partir de los 14 años, con lo cual sería creíble que el acusado no tuviera conciencia de la antijuridicidad de mantener relaciones con una menor de 16 años.

LA LEGISLACIÓN CORRELACIONADA EN BRASIL - UN ESTUDIO COMPARATIVO

El Código Penal brasileño también criminaliza el abuso de menores, calificando como vulnerable e incapaz de consentir el/la menor de 14 (catorce) años. La edad para consentimiento es la misma desde la publicación del Código Penal en el año 1940, en que se hablaba de «presunción de violencia» siempre que la víctima tuviera menos de catorce. Con la reforma del 2009, se mantuvo la misma edad para consentimiento y la violencia presumida, aclarando la gravedad del acto, una vez que hace referencia expresa de la prohibición de mantener relaciones sexuales o cualquier acto lascivo con

menores de 14 años, crimen que tiene pena de prisión de 8 (ocho) a 15 (quince) años ([Ley n.º 2.848/1940, de 7 de diciembre, Código Penal Brasileño](#), artículo 217-a).

Respecto del error de prohibición, en el Código Penal brasileño, así como en el español, se considera que hay una exclusión de la culpabilidad del agente, eximiendo de la pena del crimen, cuando ocurra un error invencible en la comprensión de la ilicitud de la norma penal ([Ley n.º 2.848/1940, de 7 de diciembre, Código Penal Brasileño](#), artículo 21). Ahora bien, el desconocimiento evitable genera una atenuación de la pena, pero no su absolución ([Ley n.º 2.848/1940, de 7 de diciembre, Código Penal Brasileño](#), artículo 65). Así como menciona el Tribunal Supremo español en el caso de la sentencia, el sistema brasileño tiene un margen de análisis subjetivo respecto a la comprensión del norma por parte del reo.

No obstante, en contraste a los criterios de respeto a la multiculturalidad de España –que convive con una gran cantidad de migrantes y culturas de otros países– en Brasil, la jurisprudencia tiene mucho más que ver con la dificultad de acceso al estudio e información, toda vez que es un país con una sobresaliente desigualdad social.

La principal diferencia entre los dos sistemas jurídicos está en el análisis del crimen continuado. El Tribunal Supremo español, en segunda sentencia, considera la primeras relaciones aun no definidas como delito, en continuidad con las relaciones posteriores a la reforma del CP español, y con esto sostiene el rechazo de la vencibilidad del error. A diferencia de lo anterior, en Brasil los casos de continuidad delictiva, que empiezan en un territorio de legalidad, son juzgados con la inmediata aplicabilidad de la reforma penal en los actos cometidos antes de la vigencia de la norma que constituye el delito. Es decir, no hay discusión respecto de la inmediata aplicabilidad de la norma vigente en la continuidad delictiva, aunque empezada en un territorio de licitud. Eso se hace respecto a la decisión del Supremo Tribunal de Brasil, que tiene el poder de editar lo que llamamos *Sumula*, con fuerza de ley en Brasil. Esta *Sumula* dice que «la ley penal más grave se aplica al crimen continuado, si su validez es anterior a la cesación de la continuidad» ([Reglamento 711 del Supremo Tribunal brasileño](#)). Siendo así, no hay excusas a partir del argumento de la continuidad delictiva. Una vez vigente la norma que penaliza el acto, el sujeto ya puede ser condenado, aunque sus actos anteriores no eran penalizados. Por lo tanto, si el hombre mayor empieza sus relaciones sexuales con una menor de 16 años cuando la ley no consideraba esto un delito, pero continúa sus actos después de la vigencia de la ley penal que criminaliza sus actos, este individuo, en Brasil, es condenado por toda la serie de delitos practicados ante la vigencia de ley penal, bajo la normativa de que en la continuidad delictiva se aplica la ley penal más grave.

Lo que se concluye es que los argumentos para la absolución del autor, sea en Brasil, sea en España, están muy conectados con un juzgamiento de la cuestión subjetiva del agente y de su capacidad de comprensión de la ilicitud de la norma penal vigente, sea por sus criterios culturales o sea por su acceso a información y

conocimiento jurídico penal. Todavía, la gran diferencia entre los dos países está en el argumento de continuidad delictiva, que no podría ser utilizado para la absolución del reo en Brasil, conforme se ha expuesto.

Gabriela SOUZA CEZIMBRA
Abogada en Brasil
Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género
Universidad de Salamanca
cezimbra.gabriela@hotmail.com