

Id Cendoj: 28079120012009100348  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1392 / 2008  
 Nº de Resolución: 336/2009  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

\*Delito de abuso sexual. Error de prohibición. VOTO PARTICULAR.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Abril de dos mil nueve

En el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** y por la representación de **Onesimo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, que le condenó por delito de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García que hace voto particular y es sustituido en la Ponencia por el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando el recurrente representado por la Procuradora Sra. Gómez Cebrián.

**I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 4 de Torrente, instruyó sumario 5/06 contra **Onesimo** , por delito de abuso sexual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 30 de abril de dos mil ocho dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "*Probado, y así se declara, que: PRIMERO.- El acusado Onesimo , de 24 años de edad, natural de Ecuador, sin antecedentes penales, a finales del año 2004, entabló una relación sentimental o de noviazgo con la menor Natividad , de doce años de edad.*

*Pese a que el procesado residía en Getafe, solían verse al menos una o dos veces al mes manteniendo con regularidad relaciones sexuales consentidas, con penetración vaginal. El procesado era conocedor de la edad que tenía Natividad , aunque desconocía que este acto pudiera ser delictivo.*

Natividad aparenta una edad superior a la biológica y posee una marcada personalidad.

*Por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente intelectual normal, presenta una formación cultural propia de su origen de la selva ecuatoriana.*

**SEGUNDO.-** *El 10 de enero de 2006, creyendo Natividad que se encontraba embarazada, telefoneó a su novio y le comunicó que se iba de casa por temor a sus padres, como ya había hecho en otras ocasiones, diciéndole el acusado que podía ir a Madrid al domicilio que este compartía con su madre, accediendo a ello y quedando en recogerla en la estación de autobuses de Madrid."*

**2 .-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS** : *En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15, 27 a 34, 54 a 58, 61 a 67, 20, 73 y 74, 1110 a 115 y 127 del CP, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la LECriminal y 248 de la LOPJ, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia.*

*ha decidido:*

**PRIMERO.- ABSOLVER** al procesado Onesimo del delito de **INDUCCIÓN AL ABANDONO DE**

*DOMICILIO FAMILIAR de que venía acusado por el Ministerio Fiscal.*

*SEGUNDO.- CONDENAR al procesado Onesimo , como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de ABUSO SEXUAL, ya descrito.*

*TERCERO.- Imponerle por tal motivo la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo de igual tiempo.*

*CUARTO.- APRECIAR la concurrencia de un error vencible de prohibición.*

*QUINTO.- CONDENARLE igualmente a la prohibición de comunicar con Natividad y sus padres por cualquier medio o de aproximarse a los mencionados o a su domicilio a menos de 500 metros de distancia, ambas prohibiciones por un periodo de 5 años.*

*SEXTO.- IMPONERLE el pago de la mitad de las costas procesales causadas.*

*Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al procesado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras.*

*Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el territorio de cinco días a contar desde su notificación."*

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

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y la representación del recurrente, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

El Ministerio Fiscal:

ÚNICO.- Infracción de *Ley*, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, aplicación indebida del art. 14.3 CP error de prohibición vencible.

La representación de Onesimo :

ÚNICO.- Infracción de *Ley*, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia vulneración art. 14.3 CP por considerar indebidamente aplicado el referido artículo a aplicarse el error de prohibición en su modalidad de vencible en lugar de invencible.

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

**Sexto.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 25 de Marzo de 2009, anunciando durante el curso de la misma el Excmo. Sr. Don. Joaquín Delgado García, su deseo de formular voto particular. Consecuentemente, el Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta se hace cargo de la ponencia.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación es recurrida tanto por el Ministerio público como por la defensa del acusado. En la misma se condena al acusado como autor de un delito de abuso sexual concurriendo un error de prohibición vencible sobre la antijuricidad. El Ministerio fiscal, recurre la subsunción del hecho en el error de prohibición vencible en tanto que la defensa del acusado recurre esa declaración al entender que el error era invencible.

La sentencia impugnada afirma en el relato fáctico que el acusado, de 24 años de edad, a finales del año 2004 entabló una relación de amistad o de noviazgo con la menor Natividad de doce años de edad. Solía verse al menos una o dos veces al mes "manteniendo relaciones sexuales consentidas con penetración vaginal". El acusado, se afirma en la sentencia, conocía la edad de la menor porque ésta se lo había comunicado, aunque alegó en el juicio desconocer su edad. En el hecho probado se declara, no

obstante, que "desconocía que este acto pudiera ser delictivo". Se añade que el acusado no sufre alteración mental alguna y presenta "una formación cultural propia de su origen de la selva ecuatoriana".

Analizamos conjuntamente ambas impugnaciones, la del Ministerio fiscal y la de la defensa del acusado, unificando la argumentación que daremos a ambos recursos que versan sobre un mismo contenido, la valoración que haya de darse al error de prohibición, al desconocimiento sobre la ilicitud del hecho que la sentencia declara, como vencible, inexistente para la acusación, e invencible para la defensa, que postula la absolución.

El error de prohibición aparece recogido en el *art. 14.3 del Código penal* que determina la exclusión de la responsabilidad penal por error invencible sobre la ilicitud del hecho, en tanto que su vencibilidad determina una pena atenuada en uno o dos grados. El Ministerio fiscal arguye que no existió el error que se declara y argumenta que la expresión de la sentencia sobre el conocimiento de la ilicitud de su acción, es un juicio de valor revisable en casación. En la impugnación señala que el pretendido error recae sobre la disponibilidad de la libertad sexual, limitada a 13 años, norma de "imperativo acatamiento" cuyo contenido esencial es de general conocimiento y patente para la generalidad de las personas. Se trata de una alegación de error que ha de ser tenida por irrelevante por tratarse de una norma fundamental del derecho penal, "siendo claro la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa cuya capacidad de discernimiento no se encuentra mínimamente formada, es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general". Concluye su argumento destacando que el acusado se ha formado personal y culturalmente en España, que los padres de la menor sólo tuvieron conocimiento de la relación cuando ésta se escapó de la casa para venir a Madrid con el acusado, con lo que este mostró su conocimiento sobre la ilicitud de los hechos y expone la legislación civil y penal de su país de origen, Ecuador, con una normativa sobre la celebración de matrimonios y sobre la ilicitud de relaciones sexuales respecto a menores, similar a la española. Concretamente, refiere, con transcripción del Código penal ecuatoriano, que dicho Código punitivo castiga con pena privativa de libertad los actos de "atentado al pudor sin llegar a la cópula carnal", cuando la víctima es inferior a doce años, y como violación, el acceso carnal, cuando la víctima fuere menor de catorce años. "Por lo tanto -concluye el Ministerio fiscal- su conducta no es "normal" ya que el hecho de comenzar una relación sentimental con una niña de 11 años y ocho meses y mantener relaciones sexuales con ella, sin tener ésta aún formada las bases de su personalidad, con la madurez mental propia de su edad, es delito tanto en su país como en el nuestro".

La defensa del acusado arguye la invencibilidad del error. Basa su recurso en entender que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala II, STS de 20 de julio de 2000, para apreciar cualquier tipo de error jurídico ha de atenderse a las circunstancias objetivas y a las subjetivas del agente, sus condiciones psicológicas y de cultura así como a las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra, así como la naturaleza del hecho delictivo y sus características. Cita en apoyo de su pretensión revisora la STS de 18 de abril de 2006, dictada en un supuesto similar en el que el acusado y la víctima, son ecuatorianos, y "pertenecientes a una cultura que permite y consiente las relaciones y matrimonios con personas de doce y trece años, debe entenderse concurrente el error sobre la tipicidad del hecho". Destaca las condiciones culturales y psicológicas del acusado, "su origen es la selva, lo que denota unas enseñanzas, costumbres ideas y forma de ver y atender la vida y las relaciones de pareja total y diametralmente distintas a como se ven y viven en el mundo occidental. Por ello, a mi representado, desde el punto de vista de sus conocimientos, de su limitada cultura y escaso raciocinio, a pesar de no sufrir alteraciones mentales, no se le puede medir con los mismos parámetros que se mediría a una persona occidental de su edad no se le puede equiparar a un hombre medio o estándares del mundo occidental...".

Analizamos conjuntamente ambas impugnaciones, anticipando que las dos serán desestimadas.

Toda norma, y concretamente, la norma penal, contiene varias funciones. Por la primera, función de valoración, la norma valora de forma negativa un concreto hecho, pues el legislador penal la incluye en un catálogo de conductas negativas para la convivencia social. Desde la perspectiva de lesividad al bien jurídico, constituye el mínimo exigible para la concurrencia. En segundo término, la función de sanción, por la que se comunica al juez que, en el caso de que concurra el supuesto tipificado los reprima con la consecuencia que ha señalado. En tercer término, la norma contiene una función de determinación por la que se ordena a los ciudadanos que realicen o se abstengan de realizar una conducta. Es una función motivadora al ciudadano para que sea fiel al derecho, ordenando su conducta de acuerdo a la norma general de convivencia. Se trata de mandatos generales, por lo que no cabe, como sugiere la defensa del condenado, la vertebración de tantos derechos penales como sujetos, o grupos de sujetos, puedan concurrir en una sociedad.

Cuestión distinta es la virtualidad del error de prohibición en los términos que aparece en el *art. 14.3 del Código penal*. Existe error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente. Doctrinalmente, se ha distinguido entre un error de prohibición directo, el que recae sobre la norma de prohibición, o indirecto, el que recae sobre la esencia, límites o presupuestos de las causas de justificación. En el caso de autos, el que tratamos es el directo, esto es, el que versa sobre la existencia de la norma que prohíbe su conducta. Con esta relevancia dada al error, el Estado, titular del *ius puniendi*, se muestra partidario a reconocer que determinadas circunstancias de ausencia de socialización tengan cierta relevancia en la responsabilidad penal, siempre que ello no suponga negar vigencia objetiva a las normas objetivas, pues esa vigencia no puede depender de creencias u opiniones subjetivas individuales. Lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica, sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas.

La jurisprudencia de la Sala II sobre el error de prohibición ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige 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 crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se 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, pues ésta no es incompatible 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 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 de noviembre ).

Por otra parte, el presupuesto del error de prohibición debe ser alegado y racionalmente expuesto, pues dadas las funciones que en un estado democrático realiza la norma penal, valoradora, sancionadora y determinante de conductas, es razonable afirmar el conocimiento por los ciudadanos de la antijuridicidad de la norma sancionadora, pues forma parte de la cultura de España, país en el que vive y trabaja desde hace años, o de Ecuador, país de origen que mantiene una legislación similar a la norma española vulnerada y cuyo conocimiento es cuestionado. Corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error, y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto, y bien entendido que, como ha declarado la Sala II, resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibles la invocación del error de prohibición (STS 71/2004, de 2 de febrero y las que cita) cuando se trata de "infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada". En esta Sentencia se abordó un supuesto muy similar al que es objeto de esta impugnación, afirmando la inadmisibilidad del error alegado cuando "se trata del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como los doce años, cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada, lo que es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general". Bien es cierto que de esta conclusión se aparta la Sentencia de esta Sala, que el recurrente destaca, (STS 18 de abril de 2006), en la que se realizan determinadas afirmaciones que son contradichas por la legislación ecuatoriana en los términos que se recogen en la impugnación del Ministerio fiscal y cuya precisión hemos constatado.

Desde la perspectiva expuesta, y supuesto que la invencibilidad del error radica en la imposibilidad de haber podido evitar el desconocimiento de la ilicitud del hecho, no procede atender la pretensión revisora planteada por la defensa del acusado, pues, además, de que la norma se corresponde con planteamientos naturales o elementales, también es coincidente con el ordenamiento del país originario, incluso con una previsión de edad superior a la prevista en el ordenamiento español para la disponibilidad de las relaciones sexuales. En el caso de autos, constatamos además, que el recurrente lleva varios años en España, por lo tanto con posibilidad de asumir planteamientos culturales que, por otra parte, no le son ajenos. El examen de la causa pone de manifiesto otros datos que redundan en lo anterior y que no permiten afirmar el desconocimiento de la ilicitud. Así resulta de la propia clandestinidad de las relaciones mantenidas, pues el recurrente planteó inicialmente su línea de defensa sobre el desconocimiento de la edad de la menor, lo que el tribunal de instancia deshecha, atendiendo a las manifestaciones de la menor que refirió que el acusado lo sabía, y del hecho de que la menor y el acusado decidieran, ante un posible embarazo, que la menor abandonara el domicilio paterno, lo que razonablemente hace pensar en la clandestinidad de la acción. En todo caso, el acusado pudo deshacer el desconocimiento que alega acudiendo a fuentes de información fácilmente accesibles, lo que ni siquiera intentó, y en autos no hay constancia alguna de una situación de marginación social, o de socialización del acusado, que le haga no entender el alcance y significación

antijurídica de la norma.

Ahora bien, señalado lo anterior, y ahora desde la perspectiva del hecho probado, tampoco procede la estimación del recurso del Ministerio fiscal, pues si bien es cierto que la expresión sobre el desconocimiento de la ilicitud es un juicio de valor susceptible de ser revisado en casación, las afirmaciones fácticas y de la fundamentación de la sentencia contiene expresiones y elementos que sólo desde el conocimiento personal del que ha dispuesto el tribunal sentenciador pueden ser afirmadas. De ahí que el tribunal haya valorado las manifestaciones del acusado y de la familia de la menor en unos términos asertivos sobre los condicionamientos culturales y contextuales del acusado y su entorno, datos que permiten, ante la excepcionalidad de la situación descrita en el hecho probado, la subsunción realizada en la vencibilidad del error de prohibición que se declara y que no aparecen desvirtuados por la impugnación del Ministerio fiscal.

### III. FALLO

**F A L L A M O S:** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la representación del acusado **Onesimo** , contra la sentencia dictada el día 30 de abril de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Valencia , en la causa seguida contra Onesimo por delito de abuso sexual. Condenamos a Onesimo al pago de las costas causadas correspondientes a su recurso . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruíz Andrés Martínez Arrieta Perfecto Andrés Ibáñez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Joaquín Delgado García **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

#### *Segunda Sentencia*

### I. ANTECEDENTES

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su narración de hechos probados, y los de la anterior sentencia de casación.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los de la referida sentencia recurrida, salvo que estimamos que el error de prohibición, reconocido por la Audiencia Provincial, no tuvo carácter vencible sino invencible, por lo dicho en el fundamento de derecho 5º de la citada sentencia de casación, razón por la cual, y por lo dispuesto en el *art. 14.3 CP* , hay que absolver al acusado Onesimo .

**SEGUNDO** .- Los demás de la sentencia de casación.

**TERCERO** .- Por lo dispuesto en los *arts. 123 CP y 239 y 240 LECr*, hay que declarar de oficio las costas de la instancia.

### III. FALLO

ABSOLVEMOS a Onesimo del delito de abusos sexuales por el que le acusó el **Ministerio Fiscal** , declarando de oficio todas las costas de la instancia y dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran adoptado contra él.

**Con el pronunciamiento absolutorio respecto del delito de inducción al abandono de domicilio familiar acordado ya por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida.**

Joaquín Delgado García Perfecto Andrés Ibáñez

Voto Particular

## VOTO PARTICULAR

FECHA:02/04/2009

Voto particular que formula el ponente inicial magistrado Joaquín Delgado García a la sentencia número 336/2009, de 2 de abril de 2009 que resuelve el recurso de casación número 1392/2008, al que se adhiere el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

Con el mayor respeto a la opinión mayoritaria de esta sala, entiendo que tendría que haberse dictado una sentencia con los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a Onesimo , que había nacido en Ecuador el 6.11.1981 y vivía en Getafe en compañía de su madre, como autor de un delito de los *arts. 181.2 y 182.2 CP* , sancionándole con la pena de dos años de prisión por haber apreciado la concurrencia de error de prohibición vencible del *art. 14.3 del mismo código. Impuso el mínimo bajando solo un grado de los dos permitidos en ese art. 14.3, con referencia a la pena del 182.1* que prevé la de cuatro a diez años.

Había tenido relaciones sexuales con penetración vaginal con Natividad , que tenía doce años cuando tales relaciones comenzaron a finales del año 2004, sin que conste la fecha de nacimiento de esta menor. Duraron el menos hasta enero de 2006 en que ella se marchó de su casa de un pueblo de Valencia porque creyó estar embarazada y temía a sus padres que le daban palizas porque ella se portaba mal.

Ahora recurren en casación, tanto el Ministerio Fiscal que niega existiera ese error de prohibición (ni siquiera vencible), como el citado Roberto que afirma que debió reputarse invencible solicitando un pronunciamiento absolutorio; cada uno de ellos por un solo motivo fundado en el *nº 1º del art. 849 LECr* , aduciendo ambos infracción del citado *art. 14.3* .

SEGUNDO.- Sabido es cómo cuando se recurre por esa vía del *art. 849.1º LECr* hay que respetar los hechos probados de la sentencia recurrida (*art. 884.3º de la misma ley procesal*) y también cómo ha de completarse el capítulo de la sentencia destinado a narrar esos hechos con lo que en los fundamentos de derecho se afirma como acreditado, particularmente en los casos, como el presente, en que tal capítulo es breve en su extensión, por omitir circunstancias que luego, incluso en la propia sentencia, se revelan como esenciales para resolver las cuestiones planteadas.

Vemos cuáles son esos hechos de los que hemos de partir:

1º. El acusado Onesimo tenía 23 años (o los iba a cumplir enseguida) cuando se iniciaron sus relaciones con Natividad . Había nacido, como acabamos de decir el 6.11.1981 y ese inicio se produjo a finales de 2004.

2º. De ella no conocemos la fecha en que nació, solo que en ese momento del comienzo de las relaciones -finales de 2004- tenía 12 años.

3º. El vivía en Getafe con su madre y ella con sus padres en un pueblo de Valencia, del partido judicial de Torrente, siendo aquí donde se entrevistaba y mantenían sus contactos carnales, con penetración vaginal incluida, a razón de una o dos veces al mes.

4º. Continuaron tales relaciones al menos hasta enero de 2006, algo más de un año, hasta que Natividad creyó que se encontraba embarazada y dijo por teléfono a su novio que se iba de casa por temor a sus padres, como ya había hecho en un par de ocasiones anteriores. Declaró (fundamento de derecho 3º de la sentencia recurrida) que "decidió marcharse de casa por miedo a sus padres que le daban palizas porque ella se portaba mal". Onesimo contestó que iría a recogerla a la estación de autobuses de Madrid para llevarla a su domicilio de Getafe, a lo que ella accedió.

5º. Tal y como informaron los médicos forenses y pudo apreciar el propio tribunal de instancia, se trataba de una niña que físicamente aparentaba mayor edad de los doce años que tenía y ello se corresponde con el dato de que tuvo su primera menstruación a los diez años. Ella tenía una marcada personalidad, tal y como lo pudo comprobar el propio tribunal y declararon los agentes que la localizaron en

Madrid. Dijeron estos que la menor les manifestó que se podía encontrar embarazada de tres meses y que el padre era Onesimo , así como que mantienen relaciones desde hace un año, limitándose este a confirmarlo. Esto consta en los dos párrafos penúltimos del fundamento de derecho 2º.

6º. Dicho joven no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene una inteligencia normal, aunque su formación cultural es la propia de quienes proceden de la selva ecuatoriana. Se añade al respecto en los dos párrafos primeros del fundamento de derecho segundo que él tenía el convencimiento sincero de que sus relaciones sexuales con su novia Natividad eran lícitas, porque con 12 años se casan en la selva ecuatoriana, extremo que corroboraron los padres de ella, María Esther y Luis Francisco .

TERCERO.- Cuando, como aquí ocurre, hay imprecisiones de orden fáctico, el principio "in dubio pro reo" nos obliga a entender que los hechos en que tales imprecisiones se concretan ocurrieron de la forma más favorable al reo. Por ello hemos de añadir aquí dos cosas:

1ª. Como ya se ha dicho no conocemos el día del nacimiento de Natividad , solo que tenía doce años cuando se iniciaron sus relaciones con ella. Bien pudo ocurrir lo mismo que en los hechos de nuestra reciente sentencia 1070/2007 de 14 de diciembre , en los cuales, en un caso semejante al presente, en el que se apreció la concurrencia de error de prohibición invencible, ella se encontraba en vísperas de cumplir los trece años. Dato de menor relevancia pues no se condenó por delito continuado (*art. 14.3*) conforme había acusado el Ministerio Fiscal y ello sin que la sala de instancia dijera nada al respecto.

2º. Tampoco conocemos cuándo Onesimo salió de la selva para irse a vivir a alguna ciudad de Ecuador. Incluso ignoramos si vino a Madrid al poco de abandonar la selva, y también si era o no reciente esa arribada a España cuando comenzaron sus relaciones con Natividad . Estas circunstancias, que han de entenderse ocurridas en el sentido más favorable para el acusado, sí son importantes a la hora de determinar la mencionada invencibilidad del error.

CUARTO.- Siguiendo la sentencia 1070/2007 que acabamos de citar, hemos de decir aquí que es hoy una tesis pacífica en la doctrina penal que la culpabilidad, como uno de los elementos del delito, integra en su seno la conciencia de la 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 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; sin que tenga nada que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera solo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal; así como que también es irrelevante a estos efectos la equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta. Por otro lado interesa aquí destacar que 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. 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.

QUINTO.- Así las cosas, en el caso presente entendemos que tiene razón la sentencia recurrida cuando afirma que aquí hubo error de prohibición.

En efecto, ese haber vivido el acusado en la selva del Ecuador donde las mujeres se casan a edad muy temprana incluso a la edad de 12 años, que es la que tenía Natividad , también ecuatoriana, cuando en España comenzó su relación de noviazgo con Onesimo , hace que hayamos de considerar nosotros aquí en casación que fue acertada la estimación en la instancia de la existencia de tal error de prohibición, a la vista del conjunto de elementos de hecho que hemos enumerado en el anterior fundamento de derecho segundo.

Sin embargo, a diferencia de lo resuelto por la Audiencia Provincial, entendemos que tal error fue invencible. Si el acusado, como nos dice la propia sentencia recurrida, tenía el convencimiento sincero de que las relaciones sexuales mantenidas con la menor, que era su novia, no constituían un ilícito penal (párrafos 1º y 2º del fundamento de derecho 2º), no parece adecuado que en esa situación psicológica, en

la cual él no puede plantearse cuestión alguna al respecto, le pueda ser exigible que buscara alguna forma de salir de tal error. Desde luego, la ilicitud en estos casos de conductas sexuales, que depende de la edad de las personas y del ámbito cultural de uno u otro país en que se desenvuelven, no responde al concepto de delito natural ( *prohibita quia mala* ), es decir, no nos hallamos ante unos hechos reputados como infracción penal en todas las épocas y en todos los países, sino ante una consideración como delito o no según las diferentes valoraciones sociales vigentes en las diversas culturas, esto es, ante una infracción *mala quia prohibita* .

En el mismo sentido de considerar invencible el error citamos aquí dos sentencias de esta sala dictadas en casos semejantes, también referidos a relaciones sexuales mantenidas por un joven mayor de edad con una menor de trece años, ambos procedentes de Ecuador: la ya citada 1070/2007 de 14 de diciembre y la 411/2006 de 18 de abril citada y en parte reproducida en la sentencia recurrida.

La conclusión de todo lo expuesto es que hubo error de prohibición, por lo que hay que rechazar el recurso del Ministerio Fiscal, y además que tal error fue de carácter invencible, lo que nos lleva a estimar el recurso de Onesimo , que ha de ser absuelto por aplicación del *apartado primero del art. 14.3 CP* .

SEXTO.- Por lo dispuesto en el *art. 901 LECr*, hay que declarar de oficio las costas de los dos recursos referidos.

#### FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia que condenó a Onesimo como autor de un delito de abuso sexual, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres con fecha treinta de abril de dos mil ocho .

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por dicho Onesimo y por ello anulamos la mencionada sentencia procediendo a continuación a dictar otra en sustitución de la anulada.

Declaramos de oficio las costas de ambos recursos.