



Roj: **STS 3666/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3666**

Id Cendoj: **28079120012022100792**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2022**

Nº de Recurso: **4515/2021**

Nº de Resolución: **799/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 622/2021,**  
**STS 3666/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 799/2022**

Fecha de sentencia: 05/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4515/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Baleares. Sala Civil y Penal

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4515/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 799/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D.<sup>a</sup> Susana Polo García



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 4515/2021, interpuesto por **D. Luis Andrés**, representado por el procurador D. Rafael Zaragoza Iglesias, bajo la dirección letrada de D. Jaime Calvar Antón, contra la sentencia n.º 20/2021 de fecha 17 de junio de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 404/2020 de fecha 30 de diciembre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda en el Rollo 19/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. de 9 de Palma.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Palma incoó Procedimiento Sumario 2/2020 (Diligencias previas 949/2019) por delitos de corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal, contra Juan Ignacio y Luis Andrés; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, cuya Sección segunda, (SU 19/2020) dictó Sentencia en fecha 30 de diciembre de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Probado y así se declara que:

**PRIMERO.-** El acusado Juan Ignacio, al menos durante el año 2019 y hasta la fecha de su detención, ha venido relacionándose con menores de edad, manteniendo contacto con las mismas a través de su móvil NUM000 concertando citas con las mismas, a través de otra menor de edad amiga de aquellas, con el fin de satisfacer su ánimo libidinoso. Los encuentros que tenían lugar en sus domicilios en Pabellones de DIRECCION000 NUM001 de Palma o en DIRECCION001, o en lugares al aire libre alejados de la vista pública, donde proponía a las mismas la realización de conductas de naturaleza sado o fetichista, entregando a las mismas a cambio dinero o invitándolas a comer o al cine. Así en las fechas expresadas mantuvo un número indeterminado de encuentros, en número superior a tres en todo caso, con la menor Tamara, de 16 años de edad a la fecha de los hechos, nacida el NUM002.2002, con quien ejercía la función de esclavo, actuando como sujeto pasivo de los comportamientos desarrollados por aquella tales como propinarle golpes en la cara, o pisarle la cara recibiendo a cambio gratificación económica o en especie, estando presente asimismo mientras otras menores se situaban encima de él y le arrojaban ceniza de un cigarrillo a la cara.

Igualmente, en las fechas expresadas, en una pluralidad de ocasiones, mantuvo encuentros con la menor Zaira, de 14 años de edad a la fecha de los hechos, nacida el NUM003.2004, si bien el acusado creyó que Zaira era mayor de 16 años, sin que llegara a comprobar tal hecho pese a poder hacerlo. Dicha menor estaba en situación de **tutela** administrativa por desamparo y en situación de acogimiento residencial en Centro de Protección DIRECCION002 desde enero de 2019. En dichos encuentros la menor realizó a petición de aquellas conductas de sometimiento y humillación del acusado, situándose sobre él y arrojándole ceniza en la boca, cera ardiendo en el pecho, golpes en la cara o tronco, o situando sus pies desnudos sobre la cara del acusado, consintiendo asimismo en que esté acariciado los mismos recibiendo como contraprestación cantidades indeterminadas de dinero de, aproximadamente, 50 € consiguiendo de esta manera que la menor solicitase o aceptase tales encuentros.

El acusado ha consignado la cantidad de 5.000 € en concepto de abono de los perjuicios causados a las menores Tamara y Zaira.

**SEGUNDO.-** El acusado Luis Andrés, nacido en Nigeria, a lo largo del año 2019 y hasta la fecha de su detención ha venido manteniendo contactos con menores de edad, concertando citas con las mismas con el fin de satisfacer su ánimo libidinoso. Dichos encuentros han tenido lugar en distintos hoteles de DIRECCION003 y DIRECCION004 donde él mismo se encontraba alojado y donde las menores accedían sin ser registradas como huéspedes en el establecimiento.

Así, en meses anteriores a su detención se relacionó con la menor Carlota, de 17 años de edad en cuanto nacida el NUM004.2001. El acusado, sabiendo que ella era menor de edad, le propuso mantener relaciones sexuales a cambio de dinero y ella no aceptó. El acusado le ha regalado dinero en efectivo y por cuenta bancaria, también le ha regalado ropa en una ocasión. Cuando estaban juntos consumían cocaína, éxtasis y marihuana. Él, que tenía mucho dinero, proporcionaba la droga.



El 27.4.2019 mantuvo un encuentro con las menores Debora , de 16 años de edad en esa fecha en cuanto nacida el NUM005 .2002, y con Zaira , de 14 años de edad en esa fecha, si bien el acusado creyó que Zaira era mayor de 16 años, sin que llegara a comprobar tal hecho pese a poder hacerlo. El encuentro tuvo lugar en el hotel DIRECCION005 de DIRECCION003 donde se alojaba el procesado. Zaira llegó sobre las doce de la noche, subió a la habitación y mantuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal a cambio de dinero (unos 600 €) y consumieron cocaína. También le regaló ropa.

Sobre las 6:00 horas llegó a la habitación Debora , que había mantenido encuentros previos con él unas seis veces. Consumieron cocaína, fotografió a las dos menores en el interior de un yacusi con fajos de dinero en las manos. En una ocasión le regaló 2.000 € y le compró ropa. Ella le pidió que le recargara el móvil, un coche, ropa y dinero para obtener el D.N.I.

En el momento de su detención, el día 23.10.2019, el acusado se encontraba acompañado de la menor Leticia de 17 años de edad en cuando nacida el NUM006 .2002, con quien había mantenido un encuentro en compañía de María , de dieciocho años de edad, amiga de aquella, en el interior de la habitación NUM007 de Hotel DIRECCION006 , de C/ DIRECCION007 NUM008 , de DIRECCION004 , DIRECCION008 . La menor que había estado en otras tres ocasiones con el acusado en el citado establecimiento y en el Hotel DIRECCION005 en el curso de las cuales, y a sabiendas de su minoría de edad el acusado le había propuesto mantener relaciones sexuales, habiendo gratificado a la misma a través de los servicios propios de alojamiento y manutención del hotel y mediante dinero con el fin captar la voluntad de aquella.

El Letrado del procesado ingresó en la cuenta bancaria de este órgano **judicial** el 4.11.2020 la cantidad de 5.000 € en concepto de fianza responsabilidad civil."

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

"Debemos condenar y condenamos al procesado Juan Ignacio por la comisión de dos delitos de corrupción de menores del artículo 188.4 del Código Penal, concurriendo en ambos casos error vencible ( artículo 14 CP) y de la atenuante de reparación del daño. Le imponemos las penas de un año de prisión por cada uno de los delitos, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del **derecho** al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se le impone también la medida de libertad vigilada por tiempo de 3 años por el delito de corrupción sobre Ruth y de 5 años por el delito de corrupción sobre Zaira que se concretarán conforme determina el artículo 106.1. e, f y j CP en la prohibición de acercarse a menos de 300 metros y de comunicarse por cualquier medio con ambas menores durante la duración de la medida y someterse a un programa formativo de educación sexual.

Debemos condenar y condenamos al procesado Luis Andrés por la comisión de tres delitos de corrupción de menores sobre Carlota , Debora y Leticia , concurriendo la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reparación del daño, a la pena de 2 años de prisión por cada delito, con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del **derecho** al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por la comisión de un delito de corrupción de menor de 16 años, sobre la menor Zaira , concurriendo la atenuante de reparación del daño y con error vencible en relación a que era menor de 16 años, le imponemos la pena de 2 años y seis meses, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del **derecho** al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Absolvemos a dicho procesado Luis Andrés de la comisión de un delito de abuso sexual con penetración vaginal sobre Zaira por apreciar error vencible respecto a que ésta era menor de 16 años.

En aplicación de lo que dispone el artículo 73.1 C.P. el período máximo de cumplimiento efectivo de la condena de prisión por Luis Andrés no podrá exceder de los 7 años y 6 meses.

Asimismo, se le impone al acusado Luis Andrés la medida de libertad vigilada por tiempo de 3 años por el delito de corrupción sobre Carlota , Debora y Leticia y 5 años por el delito de corrupción sobre Zaira que se concretarán en la prohibición de aproximarse a menos de 300 metros y de comunicarse por cualquier medio con las menores y en someterse a un programa formativo de educación sexual.

En concepto de responsabilidad civil se condena al procesado Juan Ignacio a indemnizar a Tamara y a Zaira en la cantidad de 2.500 € para cada una en concepto de daños morales, con el incremento de los intereses que establece el artículo 576 LEC. Por el mismo concepto condenamos a Luis Andrés a indemnizar a cada una de las víctimas Carlota , Debora , Zaira y Leticia en la cantidad de 2.500 € para cada una, con incremento de los intereses que el artículo 576 LEC establece.

Se condena a Juan Ignacio el pago de la mitad de las costas. Se condena a Luis Andrés al pago de las 4/5 partes de la mitad de las costas.



Se le abona todo el tiempo en que han permanecido privados de libertad por la presente causa.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares conforme a lo dispuesto en los artículos 846 ter y 847 LECr."

**TERCERO.-** En fecha 8 de febrero de 2021 la Audiencia de instancia dictó auto de subsanación cuya parte dispositiva dice:

"LA SALA ACUERDA: subsanar el texto de la sentencia referida señalando que el voto particular que contiene lo formula la Ilma. Sra. Magistrada Doña Gloria Martín Fonseca."

**CUARTO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Luis Andrés ; dictándose sentencia núm. 20/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Baleares en fecha 17 de junio de 2021, en el Rollo de Apelación 10/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"En atención a todo lo anteriormente expuesto, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares,

RESUELVE:

1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Rafael Zaragoza Iglesias, en nombre y representación de D. Luis Andrés , con asistencia del Letrado D. Jaime Calvar Antón, contra la sentencia nº 404/2020 dictada por la Sección 2ª, recaída en el Rollo nº 19/2020 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, subsanada mediante auto de fecha 8 de febrero de 2021, confirmando la sentencia recurrida.

2º.- Condenar al recurrente al pago de las costas procesales del recurso."

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Luis Andrés 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.

**SEXTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia glosado en el artículo 24 de nuestra Constitución en relación a cuatro delitos de corrupción de menores por indebida inaplicación del art. 14 CP: error invencible o vencible sobre la edad.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia glosado en el artículo 24 de nuestra Constitución en relación a un delito de corrupción de menores sobre Zaira .

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia glosado en el artículo 24 de nuestra Constitución en relación a un delito de corrupción de menores sobre Leticia .

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, por indebida inaplicación de precepto penal, en concreto la atenuante analógica de confesión o colaboración con la administración de justicia del art. 21.7ª en relación con el art. 21.4ª CP

Motivo quinto.- Por infracción de ley, por vulneración de **derechos** fundamentales ( arts. 18 y 24 CE): vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** (proporcionalidad de la aplicación de las penas).

**SÉPTIMO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del recurso, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de octubre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL **DERECHO** A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN CUANTO SE EXCLUYE LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DEL ERROR VENCIBLE O INVENCIBLE SOBRE LA EDAD DE LAS VÍCTIMAS SRAS. Debora , Carlota Y Zaira



1. El motivo se sostiene sobre un argumento principal: el hoy recurrente, con la información de la que dispuso, estaba convencido de que las tres jóvenes eran mayores de edad. Todas ellas le manifestaron que habían cumplido 18 años. Carlota, además, le remitió una fotografía de un DNI en el que atendido el año de nacimiento resultaba su mayoría de edad. Precisamente, consta acreditado que cuando el recurrente se apercebó de que el DNI fotografiado era falso bloqueó a la menor en su lista de contactos, rechazando mantener con ella cualquier tipo de encuentro hasta que alcanzase la mayoría de edad. De igual modo, y respecto a Debora, no solo contó con la información que ella le trasladó sobre su mayoría de edad, sino que, además, desconocía absolutamente que residiera en un centro de menores. Por lo que se refiere a Zaira, con la que mantuvo un único contacto, esta le manifestó que tenía 18 años, que estaba celebrando su cumpleaños, presentándose en la habitación del recurrente con un vestido largo y tacones que le daban una indubitada apariencia de persona mayor de edad. Se insiste que " *en la causa constan innumerables fotos de las jóvenes mediante las cuales queda acreditado que cualquier persona normal ante su manifestación de tener 18 años, lo creería sin dudar, colmando así los requisitos del error, ya sea vencible o invencible*".

2. El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas y la consistencia de los razonamientos probatorios. Determinando, por un lado, si las razones por las que se atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTs 617/2013, 310/2019-. Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. 340/2006, 105/2016- y esta propia sala -vid. entre muchas, SSTs 544/2015, 822/2015, 474/2016, 447/2021-.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el **derecho** al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

De tal modo, el espacio del control casacional se reconfigura. En especial, cuando se invoca lesión del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid. STC 184/2013-.

El control casacional en tercera instancia es, por ello, más normativo que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

3. Partiendo de lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

Debe recordarse que la hipótesis defensiva basada en el error sobre un hecho que presta fundamento al reproche está sometida, además, a un especial estándar de acreditación. El error excluyente del dolo no puede basarse en el simple desconocimiento o la sola falta de previsión. Reclama la representación falsa positiva. Como indicábamos en la STS 694/2021, de 15 de septiembre, el error supone un conocimiento equivocado, firme e indubitado. Un " *conocimiento equivocado pero seguro*", precisábamos en la STS 722/2020, de 30 de diciembre.

4. La cuestión probatoria que se suscita no es si el recurrente pudo tener dudas sobre la edad de las menores sino si cabe considerar razonablemente acreditado que creía errónea pero firmemente que lo eran. Y la





sentencia recurrida, a la luz de todos los datos de prueba, en términos racionalmente impecables que hacemos nuestros, lo excluye -solo valida la convicción errónea respecto a la condición de menor de 14 años de Zaira -.

El Tribunal Superior no se limita a validar el razonamiento probatorio del tribunal de primera instancia. En un ejemplar ejercicio de la función plenamente devolutiva que le atribuye el recurso de apelación, la sentencia recurrida analiza de manera sistemática y completa todos los datos o elementos de prueba que integran el cuadro de prueba producido en la instancia a los que atribuye un valor confirmatorio de la hipótesis acusatoria más allá de toda duda razonable.

La completitud del análisis probatorio, desde una perspectiva holística, la interacción de todos los datos de prueba, la exteriorización de máximas epistémicas de atribución de valor del todo compatibles con los estándares de la más elemental racionalidad social compartida arroja un resultado que, desde los condicionantes casacionales antes precisados, resulta incuestionable.

5. La Sala, a partir de las declaraciones de la propias víctimas, de los testigos que, desde diferentes contextos situacionales, las observaron y entraron en contacto con ellas al tiempo de los hechos -empleados del hotel donde se hospedaba el recurrente y las víctimas que acudían a sus requerimientos; los agentes encargados de la investigación policial- y, en particular, el análisis preciso y detallado de toda la documental relativa a las interacciones comunicativas mantenidas, por distintos medios y canales, entre el recurrente y las entonces menores, llega a la muy consistente inferencia de que este conocía dicha condición de minoría de edad.

Consistencia que confirma la idea-fuerte relativa a que el cuadro probatorio no puede analizarse por trazos. Que los resultados que arrojan los medios probatorios no conforman subsecuencias aisladas, por lo que su análisis debe ser abordado desde una unidad lógico-cognitiva

En un supuesto tan delicado como el que nos ocupa, el valor, la solidez, de la convicción del Tribunal depende, en buena medida, no de la hipertrófica asignación de valor reconstructivo a un medio probatorio concreto sino de la construcción de un discurso racional conformado por todos los resultados que arrojan los medios de prueba. La fuerza acreditativa se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba.

6. El muy cualificado nivel de conclusividad alcanzado sitúa a la hipótesis defensiva -el desconocimiento de la minoría de edad de las personas precisadas en los hechos probados- en un grado de mera posibilidad fenomenológica irrelevante.

Debiéndose recordar que no cualquier duda formulada debilita el alto grado de conclusividad exigible para que la inferencia alcanzada pueda destruir la presunción de inocencia. La duda que la neutraliza es la razonable: esto es, la duda justificada razonablemente y no arbitraria.

La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria. Y, en el caso, reiteramos, ese nivel de neutralización de la hipótesis defensiva se da con absoluta claridad.

## **SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN RELACIÓN CON UN DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES SOBRE Zaira (SIC)**

7. El motivo no identifica la correspondencia exigible entre el **derecho** fundamental que se afirma lesionado y el gravamen material que lo sustenta. El recurrente no cuestiona ni las bases fácticas de la decisión ni, tampoco, los elementos de prueba utilizados por el tribunal para conformarlas. En puridad, lo que introduce, reproduciendo textualmente los términos utilizados en la formulación de la apelación, es una cuestión de alcance normativo cuyo anclaje en el artículo 852 LECrim no lo es por la invocada lesión del **derecho** a la presunción de inocencia sino, en su caso, por la vulneración del **derecho** de defensa, en la vertiente que garantiza la correlación entre acusación y condena.

Para el recurrente, con expresa invocación de los argumentos incorporados al voto particular formulado a la sentencia dictada en primera instancia, su condena como autor de un delito de corrupción de menores del artículo 188.4 inciso primero CP, vulneró el principio acusatorio pues el Ministerio Fiscal solo formuló acusación contra él como autor de un delito de corrupción de menores de 16 años previsto en el último inciso del artículo 188.4 CP. De tal modo, al haber sido absuelto de dicho delito por concurrir error vencible de tipo sobre la condición de menor de 16 años de la víctima, el tribunal no puede suplir la acusación, subsumiendo la conducta resultante en otro tipo que no formó parte del objeto procesal.

8. El motivo resulta inatendible.



En primer término, el recurrente prescinde de entablar diálogo alguno con las razones ofrecidas por la sentencia recurrida para rechazar el concreto motivo de apelación que se pretende hacer valer como motivo de casación. Limitarse a reproducir el desarrollo argumental del motivo formulado en apelación, como si no hubiera habido una previa y plenamente devolutiva instancia, supone desconocer, por un lado, que el objeto del recurso es lo decidido en la sentencia de apelación y, por otro lado, que la función de la casación es, precisamente, la revisión de dicha decisión a la luz de las razones ofrecidas por el tribunal y de las que se haga valer el recurrente para combatirlas.

9. Y, en el caso, las razones del tribunal de apelación, que silencia y no combate el recurrente, son extremadamente sólidas.

La Sala descartó vulneración del principio acusatorio porque identificó una esencial homogeneidad fáctica y normativa entre el ilícito objeto de acusación y el que resultó, finalmente, objeto de condena, lo que neutralizó todo riesgo de indefensión.

Compartimos plenamente las razones ofrecidas por el Tribunal Superior.

Como de manera reiterada ha precisado el Tribunal Constitucional, entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que " *nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y, por ello, haya podido defenderse*". En este contexto por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae " *no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica*" -vid. SSTC 145/2011, 223/2015-.

La exigencia de acusación previa y precisa para garantizar que la persona acusada pueda defenderse eficazmente genera, a modo de consecuencia necesaria, un mandato de vinculación fuerte en el sentido de que siempre ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia -vid. SSTC 95/1995, 36/1996-. El tribunal no puede excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse -vid. STC 205/1989-.

Ahora bien, dicho mandato no supone que la sujeción de la condena a la acusación pueda ir tan lejos como para impedir de manera absoluta que el órgano **judicial** modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio.

No existe infracción constitucional del **derecho** a conocer la acusación si el juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte, por su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse para contradecirlo en su caso -vid. STC 10/1988-.

El acusatorio quedará preservado cuando entre las calificaciones en liza -las alternativas o las subsidiarias introducidas definitivamente por las acusaciones- y la que sustenta la condena quepa trazar una relación de homogeneidad porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo -vid. STC 12/1981, 4/2002- y, además, la nueva calificación no comporte mayores consecuencias penales que las pretendidas y se derivarían, además, de la aplicación del tipo objeto de acusación.

10. Desde la perspectiva constitucional expuesta, resulta conclusión necesaria afirmar que en el caso no se ha vulnerado, en modo alguno, ni los límites del principio acusatorio ni los **derechos** de defensa a los que dicho principio sirve.

En puridad, el título de condena es el mismo que el que fue objeto de acusación. La única variación en el título de condena, a favor de reo, respecto al de acusación no afecta al núcleo del tipo objetivo. El tribunal de instancia se limitó a no aplicar el inciso último del artículo 188.4 CP, pretendido por la acusación, al apreciarse error vencible sobre la concurrencia de la circunstancia relativa a la edad de la víctima que agrava la penalidad. El dolo del autor no abarcó que Zaira fuera menor de 16 años lo que impide ser penado más en los términos precisados en el inciso último del artículo 188.4 CP. Pero ello en modo alguno impide que deba ser castigado por la realización de los hechos que, perteneciendo al tipo objetivo del artículo 188.4, inciso primero, CP, sí fueron contemplados por el dolo del autor.

11. Insistimos. No se aplicó otro tipo distinto al que fue objeto de acusación. Solo se redujo el reproche anudado a su comisión al descartarse una circunstancia típica agravatoria. Lo pretendido por el recurrente nos llevaría a un callejón axiológico sin salida (y sin sentido): que por no apreciarse una circunstancia típica agravatoria no pueda castigarse al autor por el delito efectivamente cometido.



**TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN RELACIÓN CON UN DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES SOBRE Leticia (SIC)**

12. El recurrente denuncia insuficiencia probatoria en relación con la condena como autor de un delito de corrupción de menores respecto a la Sra. Leticia . La testigo negó en el plenario de forma contundente que el hoy recurrente le hiciera ninguna proposición de contenido sexual. Lo que explica, además, que no haya presentado denuncia o reclamado ninguna indemnización. Declaración que corrobora la propia manifestación del recurrente quien también negó rotundamente que realizara a la menor cualquier tipo de proposición de contenido o alcance sexual. La menor, precisa, se limitó a acompañar a otra persona mayor de edad, la Sra. María , con la que se encontró el hoy recurrente. Se insiste en el recurso que la condena resulta incompatible con los resultados probatorios que arrojó el plenario. Añadiendo que, en todo caso, la llamada confesión de la persona acusada nunca puede considerarse suficiente para fundar la condena.

13. El motivo no puede prosperar. Incurrir en el mismo defecto de formulación que los anteriores. Se limita a reproducir lo alegado en apelación, invisibilizando absolutamente el pronunciamiento del Tribunal Superior, olvidando, de nuevo, que el gravamen se genera por lo que decide la sentencia de apelación por lo que son las razones que le prestan fundamento las que deben ser combatidas por el recurrente en casación.

Orillar del diálogo casacional a la sentencia que resuelve el recurso de apelación supone una grave alteración de las reglas que delimitan el sistema de recursos. Se pretende que este Tribunal actúe como órgano de segunda instancia, desconociendo el alcance de su potestad revisora cuando contra la sentencia de instancia se ha dispuesto de un recurso plenamente devolutivo.

La sala de apelación ofreció una completa respuesta a la pretensión que ahora se reproduce en casación. Identificó con rigor todo el cuadro de prueba, extrajo los datos probatorios significativos y precisó las razones por las que validó la conclusión de participación criminal a la que llegó el tribunal de instancia.

El hoy recurrente prescinde de aportar una sola razón que sugiera, al menos, la equivocación valorativa del tribunal de apelación. Construye su discurso revocatorio con datos de prueba fragmentarios, prescindiendo del análisis crítico de los elementos que identificó y valoró el Tribunal Superior.

Esta formulación del motivo en paralelo a las razones de la decisión recurrida impide, en puridad, identificar sobre qué funda el recurrente el gravamen probatorio. El silencio argumentativo de la parte sirve, precisamente, para descartar el más mínimo atisbo de irracionalidad valorativa en la sentencia recurrida.

**CUARTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LA ATENUANTE ANALÓGICA DE CONFESIÓN DEL ARTÍCULO 21.7 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 21.4 CP**

14. Para el apelante, existió una contribución voluntaria decisiva para el desarrollo de la investigación como fue facilitar a los agentes el PIN de acceso al terminal móvil Apple intervenido donde se halló " *todo el caudal probatorio de mensajes, fotos y comunicaciones mantenidas entre el hoy condenado y las jóvenes relacionadas en la instrucción*" (sic). Sin dicha acción facilitadora habría sido imposible el acceso a dichos datos que, a la postre, han resultado relevantes para fundar la condena.

15. El motivo tampoco puede prosperar.

La sala de apelación descarta que la simple aportación del PIN del teléfono móvil por parte del recurrente a los agentes investigadores en el curso del registro practicado de su domicilio le haga merecedor de la aplicación analógica de la atenuante del artículo 21.4 CP.

No solo no ha reconocido los hechos, al negar que tuviera conocimiento de que las víctimas eran menores de edad, sino que, además, la afirmada aportación indispensable para la investigación ha venido huérfana de toda evidencia que la justifique.

La construcción analógica de atenuantes que posibilita el artículo 21. 7º CP tiene como objetivo garantizar en todo caso la correspondencia entre la pena y los concretos indicadores de gravedad del injusto, de culpabilidad o de merecimiento del autor, atendidos los fines político-criminales concurrentes.

Objetivo de especial relevancia constitucional, por nutrirse de los principios de proporcionalidad y humanidad que se decantan de los artículos 9 y 25 CE, que explica, precisamente, que esta Sala haya interpretado con amplitud los presupuestos de identificación extensiva de la atenuación.

Pero ello no significa que los jueces dispongamos de un ilimitado "motor de búsqueda" de atenuantes. Cuando no es posible trazar la análoga significación con las categorías normativas típicas de referencia debe presumirse que la opción racional del legislador ha sido, precisamente, no incluir otras atenuaciones. Por





exigencias estructurales derivadas de nuestro modelo constitucional, basado en la idea de la división del poder y del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, no pueden generarse atenuaciones no previstas y desconectadas del sentido y los fines a las que responden las atenuantes típicas. Supondría un nítido acto de creación normativa desconectado de la herramienta analógica de la que se dispone y, desde luego, de la propia legitimidad que la Constitución atribuye a los jueces como agentes del poder -vid. SSTs 401/2022, de 22 de abril-. Como se concluye en la STS 185/2017, de 23 de marzo, "convertir el artículo 21.7 CP en un atajo para burlar los requisitos que el legislador ha previsto para cada atenuante es una exégesis no asumible pues deroga de facto el requisito".

Como hemos reiterado, la clave de la apreciación analógica de circunstancias atenuatorias reside en la identificación de datos objetivos que adquieran un significado o valor funcional equivalente a aquellos que sustentan la apreciación de las circunstancias típicas.

La fórmula analógica de atenuación debe nutrirse del fundamento al que responde la atenuante típica a la luz, además, de las concretas condiciones de merecimiento de la persona acusada -vid. STS 695/2021, de 15 de septiembre; 401/2022 de 22 de abril-.

**16.** En el caso de la atenuante de confesión, su extensión analógica reclama que la persona acusada "compense", en un sentido lato, el mal causado colaborando sin ambages, aunque sea en un momento procesal menos idóneo, y en términos significativos con los fines de la Justicia -vid. STS 695/2021, de 15 de septiembre; 401/2022, de 22 de abril-.

El umbral de equivalencia entre confesión y otras formas de colaboración por parte de la persona investigada o acusada con el desarrollo de la investigación del delito exige que estas reúnan una tasa de eficacia próxima a la que se deriva de la primera.

Lo que se traduce en que no cualquier facilitación adquiere un valor normativo equivalente al de la confesión que justifique la aplicación analógica de la atenuación prevista específicamente para esta última.

**17.** Y, en el caso, como bien se destaca por el tribunal de apelación, esta razón de equivalencia no concurre porque no se ha acreditado la decisiva, por imprescindible, aportación para el adecuado desarrollo de la investigación a la que se refiere el recurrente. En concreto, hasta qué punto la no facilitación del número PIN hubiera impedido el acceso, judicialmente ordenado, al contenido almacenado en el teléfono móvil mediante la utilización de alguna herramienta de "software" o "exploit" de la que pudieran disponer los expertos informáticos que analizaron la terminal.

El simple alegato de la parte no nos permite cualificar el acto de facilitación como equivalente a confesión a los efectos atenuatorios pretendidos.

#### **QUINTO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 18 Y 24, AMBOS, CE : VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (PROPORCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS) -sic-**

**18.** El recurrente renuncia, en la formulación del motivo, a la utilización de la nomenclatura casacional lo que dificulta identificar su fundamento normativo y, con ello, el espacio del que dispone este Tribunal para su análisis.

No debe insistirse en que los objetivos revocatorios o rescisorios reclaman activar las específicas vías casacionales previstas en la ley. Quien recurre en casación no puede utilizar cualquier motivo de casación para pretender la reparación de cualquier gravamen. La correspondencia de medio a fin entre uno -el motivo- y otro -la reparación del gravamen-, constituye un verdadero presupuesto de admisión.

Y ello para permitir, a la postre, que el recurso cumpla sus funciones: una, la reparación de los gravámenes que se aprecien producidos por la sentencia recurrida y, otra, la más específicamente casacional, como es la promoción con vocación general de la interpretación coherente y sistemática de las normas -vid. STS 100/2022, de 9 de febrero-.

No obstante, ante manifiestos errores de formulación y para evitar el efecto inadmisión por improcedencia ex artículo 885.6º LECrim que, en esta fase del recurso, vendría de la mano de la desestimación, cabe, desde una interpretación a favor de la efectividad del **derecho** al recurso, y cuando no exista riesgo de lesión de los **derechos** de las otras partes, acudir a la recalificación de los motivos cuyo contenido argumental y pretensional no tiene conexión con el cauce invocado - vid. STEDH, caso Alburquerque c. Portugal, de 12 de enero de 2021 (nº de demanda 50.160/13) en la que se aborda la compatibilidad entre las exigencias para la interposición del recurso y el **derecho** de acceso al doble grado de jurisdicción-.

**19.** En el caso, el gravamen por desproporcionalidad de las penas impuestas debe reconducirse al motivo por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim.



En efecto, como esta Sala tiene establecido, la individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto a la determinación de los grados que resulten de la aplicación del artículo 66 CP. También cabe recurso de casación por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 72 en relación con el artículo 66, ambos, CP, cuando los factores de individualización utilizados arrojen un resultado punitivo manifiestamente arbitrario o desproporcionado o se prescindiera de toda justificación de la concreta opción punitiva -vid. por todas, STS 605/2017, de 5 de septiembre; 350/2022, de 6 de abril-.

Lo que comporta, como consecuencia necesaria, que el análisis del motivo debe hacerse desde el estricto respeto a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida y no, como parece que pretende el recurrente, reformulándolos a partir de los datos de prueba que identifica en el desarrollo argumental.

**20.** Sentado lo anterior, el motivo denuncia arbitrariedad en la fijación de las penas en la medida en que resultan notablemente más severas que las impuestas al otro acusado cuando, a su parecer, los hechos por los que este fue condenado son más graves. El recurrente analiza cada uno de los hechos por los que ha sido condenado destacando que solo en uno se declara probado que existiera contacto sexual con la menor concernida, mientras que en los cometidos por el acusado Sr. Juan Ignacio existió contacto físico con las menores en un marco de violencia e intimidación con un potencial lesivo de su libertad sexual mucho mayor.

**21.** El motivo plantea una interesante cuestión de individualización de la pena puntual: el papel que juegan los elementos relacionales cuando en el mismo proceso han sido juzgadas distintas personas por hechos diversos pero que merecen la misma calificación jurídica.

Es obvio que el principio de responsabilidad personal actúa como presupuesto primario de individualización. La pena concreta impuesta a cada acusado debe venir determinada por los concretos marcadores de desvalor de acción y de resultado que se identifiquen en el hecho cometido, a la luz de las propias circunstancias personales del culpable, tal como reclama el artículo 66. 7º CP. Pero es cierto, también, que, en supuestos como el que nos ocupa o, aun con mayor intensidad, de coautoría, para la individualización de la pena impuesta a un autor o coautor no pueden ser indiferentes factores relacionales relativos a cómo se valora y se evalúa la gravedad del hecho y de la conducta del otro autor o coautor.

No es tanto una cuestión de igualdad en la aplicación de la ley sino de adecuada justificación de la concreta pena que se imponga. No resulta discutible, por ejemplo, que la concurrencia de atenuantes en un partícipe respecto al otro puede justificar una respuesta sancionatoria más atenuada, aunque ambos hayan desarrollado conductas criminales con homogéneos elementos de desvalor. Pero lo que sí resulta más cuestionable es que identificándose en la conducta de un copartícipe mayor gravedad -por ejemplo, una energía criminal más intensa, mayor actividad criminal o un mayor dominio del hecho- y sin concurrir ninguna circunstancia atenuatoria genérica o típica o personal significativa, se imponga más pena a otro coautor cuya conducta reúne menores tasas de antijuricidad. Estas diferencias no justificadas afectan a la racionalidad del juicio de individualización.

**22.** En el caso, sin embargo, no identificamos ningún déficit de *racionalidad relacional* en la fijación de las penas impuestas a cada uno de los acusados.

Sin perjuicio de que la pena puntual impuesta al Sr. Juan Ignacio vino condicionada por la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal a la que se adhirió al propio acusado como consecuencia de un pacto intraprocesal, ello no convierte, en el caso, al diferencial de penas impuestas al hoy recurrente en desproporcionado ni carente de justificación material.

Y ello por una razón esencial: coincidimos con el Tribunal de apelación en que los marcadores de desvalor de las respectivas conductas desarrolladas por los dos acusados, en los términos que se declaran probados, resultan manifiestamente diferentes, arrojando un *saldo de notable mayor gravedad*, valga la expresión, a favor del hoy recurrente.

**23.** Tanto el tribunal de instancia como el de apelación abordan en términos relacionales el juicio de individualización incidiendo en que el contexto de producción de los hechos cometidos por el hoy recurrente les dota de mayor capacidad lesiva del bien jurídico.

Además de los marcadores de intensa vulnerabilidad social y personal de todas las menores victimizadas, las reiteradas solicitudes de acceso sexual que se declaran probadas respecto a Debora, Carlota y Leticia, con un propósito claro de cosificación de su cuerpo, venían acompañadas de la entrega por parte del recurrente de significativas cantidades de dinero, y, en el caso de las menores Leticia, Debora y Zaira, de drogas de las que causan grave daño a la salud -éxtasis y cocaína-. Sustancias que las menores consumían en su presencia.



Conductas que, además, se desarrollaban en habitaciones de distintos hoteles de lujo a los que las menores se desplazaban, permaneciendo durante un tiempo muy prolongado, lo que objetivamente suponía un factor de mayor cosificación.

Zaira , que contaba con 14 años, y con la que el recurrente mantuvo el día 27 de abril de 2019 relaciones sexuales con penetración vaginal a cambio de dinero, permaneció más de seis horas en la habitación, consumiendo cocaína facilitada por el Sr. Luis Andrés .

**24.** Es obvio que el principio de prohibición de la *reformatio in peius* nos impide cualquier corrección agravatoria de la calificación que funda la condena. Pero a los efectos del motivo introducido, no puede obviarse que el contexto corruptor que se declara probado diseñado por el recurrente, no solo se separa en mucho, en términos de gravedad, del que envolvió los actos corruptores ejecutados por el otro acusado. También aproxima significativamente las conductas ejecutadas a otros subtipos del artículo 188 CP más graves, a los que en lógica consecuencia se les anuda también penas más graves, y a otras infracciones también graves que, sin embargo, por razones que se nos escapan, no fueron objeto de acusación.

**25.** Es cierto que la mayor o menor gravedad de la pena puntual de forma inevitable contempla elementos relacionales, escalas comparativas no solo con otros delitos dentro del sistema sino con relación a las diversas configuraciones posibles del mismo delito. Lo que obliga, precisamente por ello, a justificar por qué se considera que la pena mínima no satisface el reproche por el total desvalor. De ahí que, a los efectos del artículo 72 CP, para imponer la pena por encima del mínimo deberán precisarse aquellos elementos o factores de mayor desvalor o de mayor culpabilidad que concurren en el caso. Como afirmábamos en la STS 719/2007, de 31 de octubre, " *en la medida en que [la pena] se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone*".

**26.** En el caso, la imposición de tres penas de dos años de prisión, bastante por debajo del límite máximo imponible de la mitad inferior, con relación a los delitos de corrupción de las que fueron víctimas Leticia , Carlota y Debora y una pena de dos años y seis meses de prisión, en el límite máximo imponible, respecto al delito de corrupción del que fue víctima la menor Zaira , tomando especialmente en cuenta que el acto corruptor de solicitud vino seguido de relaciones sexuales plenas con la menor, responde a criterios de proporcionalidad y de justa retribución, atendidos los indicadores de especial gravedad concurrentes a los que antes nos hemos referido.

La sentencia de instancia y la de apelación justificaron de forma impecable por qué no procedía en este caso imponer las penas mínimas. Justificación y decisión que, reiteramos, compartimos.

#### **CLÁUSULA DE COSTAS**

**27.** Las costas de este recurso, tal como dispone el artículo 901 LECrim, deben imponerse al recurrente.

#### **CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN**

**28.** Tal como dispone el artículo 109 LECrim y artículo 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo sobre *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de las víctimas Sras. Debora , Carlota , Leticia y Zaira .

#### **FALLO**

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

**No haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación de Sr. Luis Andrés contra la sentencia de 17 de junio de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes y comuníquese de forma personal a las Sras. Debora , Carlota , Leticia y Zaira , haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.