



Roj: **STS 824/2021 - ECLI:ES:TS:2021:824**

Id Cendoj: **28079120012021100179**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2021**

Nº de Recurso: **2122/2019**

Nº de Resolución: **204/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 204/2021

Fecha de sentencia: 04/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2122/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2122/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 204/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 4 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación con el núm. **2122/2019** interpuesto por **Virgilio**, representado por la Procuradora D. Elvira SantaCatalina Ferrer y bajo la dirección letrada de D. José María Peyro Gregory contra Sentencia Nº 27/2019 de fecha 6 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, desestimatoria del recurso de Apelación con número de Rollo 27/2018 interpuesto contra la sentencia número 689/2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de la misma Capital de fecha 29 de noviembre de 2018, por delitos de corrupción de menores. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 11 de Valencia, inició Sumario con el número 915/2017 contra Virgilio por delitos de abuso sexual y corrupción de menores. Una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia que dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2018 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"El acusado, Virgilio, de 37 años en la época de los hechos y sin antecedentes penales, en fecha no determinada, a principios del mes de diciembre de 2016, vio en la pagina web 'Milanuncios.com' un anuncio en el que, sin que consten sus términos concretos, se publicaba que una chica joven ofrecía servicios sexuales, en cuyo anuncio aparecía como medio de contacto el número de teléfono NUM000, cuya usuaria era Encarna, entonces de 15 años de edad (nacida el NUM001 -2001), desconociéndose la identidad de la persona que contrató la publicación del referido anuncio.

Tras ver el anuncio el acusado, envió un mensaje desde su teléfono NUM002, a través de la aplicación WhatsApp, al NUM000, contactando con Encarna y la amiga de ésta, Gregoria, también de 15 años de edad (nacida el NUM003 -2001) y residentes ambas en el Centro de Recepción de Menores DIRECCION003, sito en Valencia, CALLE000 num. NUM004, quienes se presentaron al acusado como hermanas, diciéndole que tenían 20 y 18 años, respectivamente, enviándole a continuación una foto de ellas en ropa interior, conviniendo, tras pactar el precio, una cita para el día siguiente, acudiendo el acusado a bordo de una furgoneta a las inmediaciones del Centro Comercial 'DIRECCION000' de Valencia donde había quedado con Noelia y Encarna, quienes subieron al vehículo, desplazándose los tres hacia un descampado cercano a la población de DIRECCION001, donde, sin salir de la furgoneta, ambas le hicieron sendas felaciones, llegando a eyacular dentro de la boca, entregándole el acusado, seguidamente, 80 euros para que se los repartieran, despidiéndose a continuación.

Días más tarde, sin que conste la fecha exacta, Gregoria envió un mensaje de WhatsApp al acusado, concertando un nuevo encuentro, quedando con él en una calle cercana al Centro de Menores, subiendo Gregoria y Noelia en la misma furgoneta, desplazándose los tres al chalet donde residía el acusado, sito en DIRECCION004, CALLE001 num. NUM005, en cuyo trayecto este solicitó exhibiesen sus DNI, respondiendo Noelia que ella no tenía 'papeles' y Gregoria que no lo llevaba consigo, diciéndole ésta que eran 'menores', lo que se correspondía con su apariencia, sin concretarle la edad exacta que tenían. Cuando llegaron a la vivienda se dirigieron a un dormitorio donde, a requerimiento del acusado, se quedaron medio desnudas y se tumbaron en la cama boca abajo, diciéndoles que quería que fueran 'sumisas', dándoles varias palmadas en los glúteos, proponiéndoles mantener relaciones sexuales por vía vaginal o anal, a lo que Noelia se opuso, tras lo cual Gregoria practicó al acusado una felación, lo que fue presenciado por Noelia, marchándose ambas seguidamente, no sin antes recibir del acusado la cantidad de 120 euros para que se los repartieran.

Días después, pero antes del 26-12-2016, Noelia y Gregoria acordaron un nuevo encuentro con el acusado, quedando en verse en un descampado cercano a la localidad de DIRECCION002, a donde acudió el acusado a bordo de su furgoneta, a la que subieron Noelia y Gregoria, en cuyo interior, primero una de ellas y, seguidamente, la otra, practicaron una felación al acusado, si bien, como quiera que este no disponía de dinero para remunerales el servicio conforme a lo previamente convenido, pactaron que el precio se haría efectivo con la entrega de marihuana, para lo cual, ese mismo día o al siguiente, Noelia y Gregoria acompañaron al acusado a su casa, entregándoles este una cantidad no concretada de marihuana.

Sobre las 20:30 horas del día 26-12-2016 Noelia y Gregoria fueron detenidas por la policía en el centro comercial 'DIRECCION005' de Valencia por la supuesta sustracción de varias prendas de vestir procedentes de distintos comercios, hallando en la bandolera que portaba Noelia 8 bolsistas conteniendo marihuana con un peso de 2,17 gms y, en la mochila que llevaba Gregoria, una caja con 125,71 gramos de dicha sustancia, que era parte de la que les había entregado el acusado días antes.

Tras la expresada detención, Noelia dejó de mantener relaciones sexuales con el acusado, saliendo del Centro de Menores en fecha 7-1-2017 para irse a vivir, en régimen de acogida, con su prima Eva.



Gregoria , sin embargo, continuó manteniendo contacto con el acusado, si bien en compañía. de una amiga suya, Guillerma , de 17 años de edad -nacida el NUM006 -1999- a quien Gregoria comentó, por si a ésta le interesaba, que conocía a un hombre que le daba dinero, respondiendo Guillerma afirmativamente, concertando en fecha no concretada de febrero de 2017 un encuentro con el acusado, quien las recogió con su furgoneta en DIRECCION002 , en una calle cercana al domicilio de Guillerma , dirigiéndose los tres a un descampado situado en las inmediaciones de dicha localidad donde, en el interior del vehículo, Gregoria practicó al acusado una felación en presencia de su amiga, quien permanecía en la parte posterior de la furgoneta, acompañándolas seguidamente hasta el lugar donde las había recogido, no sin antes entregar a éstas la cantidad de 40 euros para que se los repartieran.

A partir de este momento Gregoria y Guillerma convinieron sucesivos encuentros con el acusado, al menos cuatro, durante el indicado mes de febrero, procediendo en todos ellos de idéntica forma: él las recogía con la furgoneta tantas veces mencionada en un lugar de DIRECCION002 previamente convenido, desde el que se desplazaban a un descampado en las inmediaciones de dicha localidad y, en el interior del vehículo, le practicaban Gregoria y Guillerma sendas felaciones, una seguida de la otra, acompañándolas después al lugar de origen, donde se apeaban de la furgoneta previa entrega por parte del acusado del precio pactado, entre 100 y 120 euros.

Finalizado el mes de febrero, Gregoria fue internada en un Centro de Menores en régimen cerrado, continuado por su cuenta Guillerma -quien alcanzó la mayoría de edad el 6-3-2017- con los encuentros sexuales con el acusado, los que eran concertados vía WhatsApp, a través de cuya aplicación ella le envió, en reiteradas ocasiones, fotografías en ropa interior, finalizando la relación con el acusado en mayo de 2017.

No consta que el acusado, al tiempo de los hechos, conociera que Noelia y Gregoria tenían 15 años y que Guillerma todavía no había alcanzado la mayoría de edad, así como tampoco que Gregoria y Noelia estuvieran ingresadas en un Centro de Menores".

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la sentencia establece:

"Condenar al acusado Virgilio como responsable criminalmente en concepto de autor de dos delitos continuados de corrupción de menores, ya tipificados, en relación con Encarna y Gregoria , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por cada. uno de los delitos, de prisión de 2 años y 9 meses; accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto con menores por tiempo superior en 4 años a la pena de prisión impuesta.

Imponer al acusado Virgilio la medida de libertad vigilada por el periodo de 2 años, a ejecutar tras el cumplimiento de las penas privativas de libertad, dejando para fase de ejecución de sentencia la concreción de la medida.

Condenar la acusado Virgilio al pago de dos quintos (2/5) de las costas procesales, así como a que indemnice; por vía de responsabilidad civil, a Encarna la cantidad de 5.000 euros y, a Gregoria , idéntica cantidad, las que devengarán el interés previsto legalmente (art. 576.1 y 3 LECivil).

Absolver al acusado Virgilio de los delitos de abuso sexual en relación a Encarna y Gregoria , así como del delito de corrupción de menores mayor de 16 años respecto de Guillerma , declarando de oficio los tres quintos (3/5) restantes de las costas procesales.

Dejar sin efecto, firme que sea -la presente Sentencia;-la medida de alejamiento y no comunicación impuesta por Auto de fecha 6 de julio de 2017 a Virgilio en relación con Encarna , Gregoria y, Guillerma .

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a los perjudicados, por el delito, aun cuando no estuvieren personados en el mismo".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Virgilio , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que dictó Sentencia, con fecha 6 de marzo de 2019 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"10.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Virgilio contra la sentencia núm. 689/2018, de fecha 29 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

20.- Confirmamos dicha sentencia imponiendo el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.



Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de 5 días, a contar desde la última notificación, en los términos del art. 847 y por los tramites de los arts. 855 y siguientes de la LECrim; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por el acusado recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Virgilio .

Motivo primero. Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del art. 849 LECrim, por inaplicación del artículo 14 CP (error invencible) en relación con el artículo 188. 4 C.P. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del art. 849 LECrim por inaplicación del artículo 14 (error vencible) y 12 CP en relación al 188.4 C.P. **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE y lo establecido en el art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en relación a la presencia de dolo. **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del art. 849 LECrim, en relación con el artículo 66 CP. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el nº 1º del art. 849 LECrim por inaplicación del artículo 118.2. CP. en relación con los arts. 14 y 12 CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y, subsidiariamente su desestimación. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 2 de marzo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Asumiendo la propuesta del Ministerio Fiscal, agrupamos la contestación a los tres primeros motivos del recurso que dan vueltas desde distintas ópticas a la misma cuestión: el conocimiento por parte del acusado de la edad de las menores. Los motivos primero y segundo lo hacen a través del art. 849.1º con una petición escalonada: que se aprecie en relación a ese concreto elemento del tipo (menor edad) bien un error invencible (motivo primero); bien, subsidiariamente, un error vencible (motivo segundo). El tercero acude al derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 852) para negar base probatoria suficiente en cuanto al tipo subjetivo.

Desde la plataforma que habilita el art. 849.1º no puede discutirse la subsunción en tanto la Audiencia consideró probado que el acusado conocía que Gregoria y Guillerma eran menores (art. 884.3 LECrim), aunque no que tuviesen menos de 16 años de edad. Eso ha llevado a excluir las condenas por los delitos del art. 183 CP (art. 14.2 CP).

Sí es posible, en cambio, debatir desde la presunción de inocencia si la conclusión alcanzada por la Sala en ese concreto punto cuenta con base probatoria suficiente. Como recordaba la STS 722/2020, de 30 de diciembre, refiriéndose precisamente a un caso de error, todo lo atinente a los elementos internos o psicológicos, o intelectivos, o intencionales y volitivos (conocimiento, ignorancia, error, su superabilidad o no...) es materia perteneciente a la *quaestio facti*. Por tanto su cuestionamiento en casación ha de hacerse no a través del art. 849.1º, como se admitió durante mucho tiempo (doctrina de las inferencias o juicios de valor), sino mediante la invocación de la presunción de inocencia. Hace años -y tomamos aquí prestado el discurso de la STS 654/2018, de 14 de diciembre- que la jurisprudencia abandonó la idea de que los elementos subjetivos, como es el dolo, constituirían *juicios de valor* susceptibles de ser revisados a través del art. 849.1º LECrim. Esa visión, muy funcional en épocas en que la presunción de inocencia no operaba en casación, bien analizada, carece de rigor. Estamos ante datos fácticos aunque se trate de elementos psicológicos o internos no perceptibles sensorialmente. Justamente por ello habitualmente se acreditan a través de indicios, es decir deduciéndolos de datos externos demostrados a través de testigos o documentos. Cuando operan *contra reo* serán revisables esos elementos invocando la presunción de inocencia: insuficiencia o inaptitud de la prueba practicada para afirmar de forma concluyente la presencia de ese elemento interno; en este caso, el conocimiento de la edad inferior a los dieciocho años de Noelia y Gregoria .



Que se trate de un motivo de exculpación (error) no modifica ese planteamiento. La presunción de inocencia extiende su manto protector también al tipo subjetivo. El conocimiento por parte del autor (tipo subjetivo) de los elementos objetivos del tipo ha de quedar acreditado.

Hoy está en cuestión también la añeja tesis de que el error, para ser apreciado, tendría que quedar plenamente probado por ser un *hecho impositivo*. Solo cuando estuviese absolutamente acreditado el desconocimiento sería apreciable el error (art. 14 CP). Muestra de esa concepción, en estado de reformulación y de revisión, son el ATS de 30 de junio de 2000 o la STS 495/2003, de 2 de abril: "a la acusación o acusaciones compete probar la existencia del hecho delictivo, la participación en él del acusado, y las cualificaciones o agravaciones cuya aplicación se postula, así como la producción de los daños y perjuicios que se interesen... Pero en lo concerniente a las atenuaciones o causas de exención de la responsabilidad criminal, es el acusado quien debe acreditarlas. Nuestro Código parte de la plena imputabilidad del sujeto activo del delito. Cualquier anomalía o déficit en tal sentido debe acreditarlo la **defensa** que no es lo mismo que probar su inocencia. El error de tipo como causa excluyente del dolo o de la culpabilidad (según la teoría que se siga) o bien simplemente como reductora de esos mismos elementos integrantes de la definición o configuración de la responsabilidad penal, constituyen excepciones, que debe acreditarlas quien se beneficia o pretende beneficiarse de las mismas (exención o atenuación de la responsabilidad criminal)".

La jurisprudencia más tradicional proclamaba que las eximentes, atenuantes u otras causas excluyentes de la responsabilidad penal, para ser apreciadas, habrían de estar "tan acreditadas como el hecho mismo". No estarían abarcadas por el principio *in dubio*. Las dudas o la falta de prueba habrían de solventarse en favor de su no aplicación. Esta fórmula incluso recibió las bendiciones del Tribunal Constitucional: la presunción de inocencia no se proyecta sobre eximentes, o atenuantes u otras circunstancias extintivas o excluyentes de la responsabilidad penal.

Tal axioma, no solo no es suscribible hoy sin muchos matices que acaban por contradecirlo, sino que está diluyéndose en la jurisprudencia más reciente en la que se percibe como el comienzo de un viraje que se reclamaba desde ámbitos doctrinales y que ha llegado a ser asumido expresamente en algunos precedentes (por todas, SSTS 639/2016, de 14 de julio o 802/2016, de 26 de octubre, ó la ya citada 722/2020, de 30 de Diciembre).

Y es que, siendo cierto que en materia de eximentes o error lo ordinario será que la carga de su alegación (carga de aportación - *burden of production*- en la concepción anglosajona)corresponda a la **defensa** por razones que son más experienciales que dogmáticas o procesales; no es exacto, en cambio, que las dudas hayan de resolverse en contra de su apreciación (carga persuasiva - *persuasive burden*-), sino manejando parámetros que, si no son totalmente equiparables a la presunción de inocencia, sí que se le aproximan enlazando con el principio *in dubio*.

Las dudas razonables sobre la presencia de **legítima defensa**, por ejemplo, han de conducir a la absolución; nunca a la condena. Cuando es probable o posible, aunque no seguro, que quien mató a otro estuviese en situación de **legítima defensa**, la respuesta canónica es la absolución. Si en el momento de decidir el Juzgador alberga dudas, habrá de inclinarse por la solución más favorable, también cuando se trata de eximentes, atenuantes o del error. Rige el principio *in dubio*.

Las dudas sobre el conocimiento por parte del autor de un elemento esencial del tipo obligan a inclinarse por la alternativa más favorable al acusado; en este caso, la existencia de error.

Y si la Sala ha afirmado su certeza sobre la concurrencia de tal elemento (como sucede aquí), podrá impugnarse ese juicio en casación enarbolando el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Salvo confesión del acusado, para probar tales elementos internos ha de acudir ordinariamente a la técnica de la prueba indiciaria. Aquí esa metodología deductiva epistemológica, tal y como razona la sentencia de instancia, lleva a conclusiones rotundas. Permite descartar la hipótesis alternativa (no conocimiento de la minoría de edad):

"Las declaraciones a que más arriba se ha hecho referencia, en relación los mensajes de WhatsApp que han quedado trascritos y el contexto y fecha en el que fueron enviados, unido a la manera de presentarse las menores cuando quedaban con el acusado, refiriendo Noelia en el juicio oral que se "pintaban" (maquillaban), impide tener por probado mas allá de toda duda, que el acusado conociera, realmente, que Gregoria y Encarna . eran, menores de 16 años cuando tuvieron lugar los hechos de autos. En cualquier caso, la duda generada en el Tribunal determina que deba hacerse una interpretación en favor del reo.

Si puede afirmarse, sin embargo, que el acusado sabía, como mínimo, a partir del segundo encuentro que tuvo con aquellas, que eran menores de edad, cuando Gregoria se lo dijo, precisamente, con ocasión de haberles solicitado aquel exhibieran su DNI -declarándolo así en el plenario Noelia -. A mayor abundamiento,



el Tribunal ha podido apreciar directamente. el aspecto muy juvenil de las citadas menores -rostro, facciones, timbre de voz, incluso trascurridos dos años de cometerse los hechos y, si bien dicha consideración no permite residenciar .la apariencia de las menores -con proyección a dos años antes- en una edad inferior a 16 años (hubiere sido muy ilustrativo sobre el particular, por ejemplo, la incorporación a las. actuaciones de alguna fotografía de Gregoria y Noelia de la época autos); sí permite revelar que dos años antes de ser celebrado este juicio, que es cuando acontecieron los hechos, su aspecto era, sin duda, de menores que no habían alcanzado la mayoría de edad"

Los datos son muy sugerentes. La insistencia del recurrente en argumentos que podrían abonar su versión exculpatoria no desvirtúa el fundamento de la sólida certeza plasmada por la Audiencia. Había elementos sobrados para, más que sospechar, ser consciente de que las menores (tal y como, además, llegaron a revelar) no alcanzaban la edad de 18 años. La petición de exhibición de su documentación refleja que el acusado lo sospechaba. Su sospecha tuvo que convertirse en certeza cuando rehusaron, con excusas, enseñarle documentación alguna y, más aún, cuando una de ellas le confesó que eran menores, en lo que ya constituye algo más que un indicio: es prueba directa.

No hay, por tanto, error. Ni vencible; ni invencible. Es más en el caso de que concediésemos que el acusado, ingenuamente, intentaba engañarse alimentando la creencia de que, a pesar de las apariencias y los datos clamorosos que apuntaban en otra dirección, podían ser menores, estaríamos a lo más, no ante una creencia equivocada, sino ante dudas. En esa tesitura lo obligado es disipar las dudas antes de actuar y, si no se pueden resolver, abstenerse.

El acusado podía querer convencerse ilusamente de que eran mayores. Pero se trataría en todo caso, de una creencia, débil, frágil; tan frágil que conviviría necesariamente con la conciencia de que lo más probable es que fuesen menores. Esa situación anímica, no es cohonestable con el art. 14. El error de que habla el art. 14 CP exige certeza, o quasi certeza: un conocimiento equivocado pero seguro. Si el sujeto actúa con dudas serias sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese *error consciente*; o, mejor, *buscada situación de error*. Es supuesto asimilable al dolo eventual: STS de 2 de junio de 2015: la sospecha de ilicitud excluye el error (vid igualmente STS 684/2018, de 20 de diciembre). El *no querer despejar sus serias dudas*, equivale a la conocida como *ignorancia deliberada*.

La duda, no casa bien con el concepto de creencia errónea. La creencia, para que sea propiamente tal, ha de ser firme, es decir, indubitada, un conocimiento equivocado (vid. DRALE). Duda y creencia equivocada no son asimilables ni equiparables penalmente. Si se duda es porque la creencia no es firme, no está asentada, no es, en definitiva, creencia en su sentido prístino.

Existe suficiente conciencia a efectos de culpabilidad cuando el autor duda y, pese a tal duda de entidad, actúa desplegando una conducta que sabe muy probablemente delictiva. Una actitud de indiferencia o desprecio frente a la alta probabilidad de la antijuricidad de la conducta no sería error.

La reacción ante la duda fundada (no ante la duda remota) debería ser *no actuar*, en lugar de *actuar*. Si se plantea la alternativa de que su acción puede ser, con un alto grado de probabilidad, típica debe abstenerse de ejecutar el comportamiento probablemente delictivo.

Dice, al respecto la STS 163/2005 de 10 febrero: "cuando dicha información -la encaminada a solventar la incertidumbre sobre la licitud- en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia". El error, ha de ser firme, sin atisbo de duda razonable, pues si hay duda, no hay error, abriéndose paso la imputación del delito a título de dolo eventual.

Y la STS 123/2001, de 5 febrero: "El concepto de error o el de creencia errónea excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme, y por ello si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo, sino de dolo eventual".

Y, por fin, la STS 97/2015, de 24 de febrero (y con ella las SSTS 478/2019 de 14 octubre y 245/2019 de 13 mayo): "cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción, la pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales".



Los razonamientos del recurso, en otro orden de cosas, se adentran en una materia de revaloración de pruebas de carácter personal (testifical) y de otros elementos (aspecto de las menores. rostro, facciones, timbre de la voz...) en que despliega un protagonismo muy significado la intermediación y, que, por tanto, escapan a la fiscalización en casación.

Los tres primeros motivos han de ser desestimados.

SEGUNDO.- El motivo cuarto invoca, a través del art. 849.1º LECrim el art. 66 CP: no se habrían respetado las reglas de individualización penológica. Falta motivación suficiente en ese extremo. Además, no se han sopesado las circunstancias personales del autor a que se remite el precepto (el recurrente expresa carecer de antecedentes penales). Procedía la duración mínima de la pena.

Estamos ante dos delitos continuados. La pena no puede ser inferior a la de dos años y seis meses (art. 74 en relación con el art. 188.4 CP). Si se tiene en cuenta que la conducta excedió de la mera solicitud (también típica: art. 188.4), alcanzando a relaciones sexuales concretadas en accesos, a cambio de precio, y que además, como dice la sentencia para justificar su opción penológica, fueron más de dos episodios, queda sobradamente justificado (incluso se antoja indulgente) el muy ligero incremento sobre el mínimo legal por el que optó la Sala de instancia: dos años y nueve meses, muy lejos del máximo que podría haber llegado hasta seis años (art. 74.1 CP). La remuneración con sustancia estupefaciente entregada a menores añade un plus de antijuricidad que no ha sido objeto del reproche autónomo que probablemente merecería y que, por tanto, también podemos tomar en consideración a los efectos del art. 66 CP.

TERCERO.- El último de los motivos ataca la cuantificación indemnizatoria. Procedería una indemnización también en caso de exoneración en virtud del error, que hemos descartado en el fundamento primero (art. 118.2 CP).

Se apoya esa pretensión en las declaraciones de las menores y sus sensaciones más bien lejanas a las de una víctima "tipo" de un delito, para pedir su minoración.

Esas sensaciones constituyen precisamente expresión del daño causado: que unas menores perciban esas conductas -prostituirse por unos pocos euros- como algo trivial, carente de relevancia supone el reflejo del profundo y negativo impacto que actuaciones como las del recurrente dejan en la formación de las menores y en su normal desarrollo. Que además se les remunere el favor carnal con droga agrava ese daño en su desarrollo formativo. No es que entendamos que el acusado es el único responsable de esas palpables carencias formativas. Pero que con su conducta las consolida y refuerza es innegable. Alguna repercusión reparatoria ha de tener ese daño moral.

CUARTO.- La desestimación del recurso debe acarrear al condena al pago de las costas causadas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por **Virgilio** contra Sentencia núm. 27/2019 de fecha 6 de marzo de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, desestimatoria del recurso de Apelación con número de Rollo 27/2018 interpuesto contra la sentencia número 689/2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 29 de noviembre de 2018, por delitos de corrupción de menores.

2.- Imponer a **Virgilio** el pago de las **costas** ocasionadas en este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Susana Polo García Leopoldo Puente Segura