

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066280

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 777/2022, de 22 de septiembre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4317/2020

**SUMARIO:****Agresiones sexuales. Delitos relativos a la prostitución y explotación sexual de menores. Delito de embaucamiento (Grooming). Difusión de pornografía a menores. Exhibicionismo. Concurso de normas. Presunción de inocencia.**

Concurso de normas respecto del delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, relación de consunción con el art. 189.1.a) del CP.

En el delito de embaucamiento el sujeto activo a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacta con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

La relación entre los arts. 183 ter 2º y 189 del CP es la propia del concurso de normas, de suerte que si a la estrategia inicial de acercamiento siguen actos ejecutivos propios del delito de pornografía infantil, la condena por el art. 189 absorberá el desvalor de las maniobras aproximativas que han permitido ese resultado

En los casos en los que el menor se negó a enviar las imágenes solicitadas, se condena sólo por el 183, y cuando el menor sí las envió, condena sólo por el 189. En ningún caso condena al acusado por el 183 ter 1 y por el 189.1 a) en relación a la misma víctima.

Acerca del valor de los pantallazos de conversaciones mantenidas en redes sociales o sistemas de mensajería, la falta de un dictamen pericial de autenticidad, cuando uno de los interlocutores niegue ser el autor de los mensajes vertidos en un sistema de comunicación telemática, obliga a descartar cualquier duda acerca del origen de esas afirmaciones, y la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria; salvo en aquellos casos en los que existan otros elementos de prueba, debidamente valorados por el órgano decisorio, que pongan de manifiesto, más allá de cualquier duda razonable, el origen y la autoría de esos enunciados.

Por otro lado, el registro de dispositivo de almacenamiento masivo y el volcado de datos, no exige como presupuesto de validez la presencia del Letrado de la Administración de Justicia.

Por tanto, la garantía de preservación e integridad de los datos no se hace recaer, como presupuesto habilitante, en la presencia del Letrado de la Administración de Justicia. La segunda, que el dictamen pericial no es imperativo para hacer valer el contenido de esos datos. La prueba pericial, sólo «en su caso», resultará indispensable. El medio idóneo e imprescindible para garantizar la identidad de los dispositivos incautados será su adecuada reseña por el Letrado de la Administración de Justicia en el acta del registro cuando el dispositivo haya sido incautado. Es la «adecuada reseña» por el Letrado de la Administración de Justicia de los dispositivos incautados, más que su presencia en el volcado, lo que contribuye a reforzar las garantías de autenticidad. Se proclama por tanto el carácter no imperativo de esa intervención del fedatario judicial en el acto del volcado.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8, 183 ter. 2, 185, 186 y 189.

**PONENTE:**

*Don Manuel Marchena Gómez.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 777/2022

Fecha de sentencia: 22/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4317/2020

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4317/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente  
D. Vicente Magro Servet  
D.ª Susana Polo García  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 4317/2020, interpuesto por la representación procesal de D. Ignacio , contra la sentencia dictada el 6 de mayo de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 en el Rollo de Sala nº 239/2019, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 8 de julio de 2019 dictada en el procedimiento abreviado nº 6/2019 dimanante de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de los delitos de embaucamiento, difusión pornográfica a menores de edad, elaboración de material pornográfico infantil y exhibicionismo, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora D.ª. Susana Patricia Ballesteros Ferrón; y defendido por el letrado D. Francisco Javier Muñoz Belizón, y como parte recurrida D. Jorge, en representación de su hijo Leonardo, representados por el procurador D. José María Martínez Gil, bajo la dirección letrada de D. Antonio Diego Peláez Díaz; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de DIRECCION002, tramitó procedimiento abreviado núm. 22/2018 por delitos de embaucamiento, elaboración de material pornográfico infantil, difusión de pornografía a menores de edad, y exhibicionismo, contra D. Ignacio; una vez concluso lo remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería, (proc. abreviado nº 6/2019) y dictó Sentencia en fecha 8 de julio de 2019 que contiene los siguientes hechos probados: "El acusado, Ignacio, mayor de edad y sin antecedentes penales, el verano del año 2016 fue monitor de un campamento en la localidad DIRECCION003 (Málaga) donde tuvo a su cargo a 47 menores, todos ellos con residencia en Andalucía, cuyas edades oscilaban entre los 10-17 años. Concretamente, desempeñó la función de monitor de cabañas (responsable de dormitorios), aunque en anteriores ediciones del campamento también realizó labores de enfermería.

Con motivo de esta actividad de tiempo libre el acusado generó lazos de confianza con los menores, teniendo hasta tal punto ganada la confianza de los mismos que les solicitó sus teléfonos y datos de contacto para poder chatear por las aplicaciones DIRECCION004 e DIRECCION005 durante los meses en que no se vieran personalmente.

En ese contexto y una vez finalizado el campamento de verano del año 2016, con fines exclusivamente libidinosos, el acusado cometió los siguientes hechos con varones de cuya minoría de edad tenía perfecto conocimiento:

**A) Leonardo (nacido el NUM000-2002)**

En septiembre de 2016, el acusado contactó con el menor vía DIRECCION004. Con la finalidad de crear un clima de temática y excitación sexual con el mismo, el acusado le propuso un juego de hacerse recíprocamente preguntas-respuestas en el que los intervinientes estaban obligados a responder siempre la verdad. De esta forma, el acusado aprovechó para indagar si el menor veía videos de tipo sexual o si se masturbaba.

Una vez conducida la conversación al terreno pretendido, el acusado le propuso al menor hacer una videollamada para así verse los penes. Igualmente, en otra conversación, el acusado le pidió que se hiciese una fotografía de cuerpo entero saliendo de la ducha y se la mandase. A pesar de la insistencia del acusado, el menor no accedió a ninguna de sus peticiones.

El acusado, tratando de que el menor viese normal el intercambio de archivos de naturaleza sexual, le mandó un video en el que aparecía el propio acusado masturbándose hasta eyacular.

**B) Victorino (nacido el NUM001-2002)**

Después del campamento de 2016, el acusado contactó con Victorino por las redes DIRECCION004. e DIRECCION005. Tras iniciarle en la temática sexual con el juego de las preguntas y respuestas, finalmente le solicitó al menor que le mandase fotografías sin ropa, logrando que el mismo le remitiese 3 archivos en los que aparecía desnudo sobre el mes de agosto de 2016. El acusado, igualmente y con la finalidad de que al menor le pareciese normal el intercambio de imágenes tan íntimas, también le mandó a Victorino varias fotografías de sus órganos sexuales.

**C) Carlos Francisco (nacido el NUM002-2003).**

Después del campamento de 2016, el acusado se puso en contacto con él por DIRECCION005 y DIRECCION004. Tras interrogarle sobre cuestiones de tipo sexual, como si le había crecido el vello público o si se depilaba sus partes íntimas, el acusado le solicitó a Carlos Francisco que le mandase fotografías en las que apareciese desnudo, si bien el menor no accedió a sus peticiones.

Tratando de convencerle y proponiéndole un intercambio, el acusado le mandó fotografías de mujeres desnudas aunque el menor en ningún momento complació los requerimientos sexuales de su monitor de campamento.

**D) Juan Manuel (nacido el NUM003-2003)**

El contacto con el acusado, al igual que con el resto de los menores, se produjo después del campamento de 2016 a través de DIRECCION005 y DIRECCION004. Las conversaciones, siempre iniciadas por el acusado, eran de temática sexual preguntándole cómo tenía sus partes íntimas e incluso si quería "que se la chupara" cuando se vieran en el campamento al año siguiente.

En el transcurso de esas conversaciones de tipo sexual, el acusado le mandó a Juan Manuel varias fotografías de sus partes íntimas en el mes octubre de ese mismo año, así como 3 videos pornográficos en los que participaban adultos. Como contraprestación por esos archivos enviados, el acusado le pidió fotos a Juan Manuel donde apareciese desnudo, accediendo finalmente a enviarle el menor dos archivos en el mes de octubre del citado año.

E) Agustín (nacido el NUM004 de 2001).

El contacto con el acusado después del campamento de 2016 se produjo a través de DIRECCION005 y DIRECCION004., igual que con el resto de menores. El investigado le mandó una fotografía de su pene y le pidió al menor que hiciera lo mismo a cambio de fotos de la supuesta novia del acusado desnuda. Sin embargo, el menor no accedió a su petición, por lo que el acusado no consiguió crear material pornográfico de menores de edad.

F) Arturo (nacido el NUM005-2001)

El contacto con el acusado después del campamento de 2016 fue también a través de DIRECCION005 y DIRECCION004. El acusado, con la finalidad de conseguir un material pornográfico en el que interviniesen menores, insistió constantemente pidiéndole fotos a Arturo sin ropa, consiguiendo finalmente que le mandase varias donde se le veían los abdominales, el torso descubierto así como algunas donde aparecía completamente desnudo.

El acusado, por su parte y tras mantener conversaciones sobre el tamaño de sus penes, también le envió fotos propias al menor desnudo. El acusado le pidió un video en el que apareciese el menor masturbándose. Para tratar de convencerlo, el acusado le mandó uno en que aparecía él realizando dicha práctica sexual, así como fotos de personas, tanto mayores como menores de edad, desnudas.

G) Calixto (nacido el NUM006 de 2002)

Finalizado el campamento de 2016, a primeros de julio, el acusado quedó con Calixto en la PLAYA000 de DIRECCION006, aprovechando que el menor fue a veranear por esa zona. Cuando se estaban despidiendo, el acusado le pidió que le acompañara al baño del hotel. Una vez allí, empezó a masturbarse con la puerta abierta y delante de el menor y le pidió que entrara, a lo cual éste se negó.

Además, el acusado le mandó por DIRECCION004. diversas fotografías de chicas y chicos desnudos a los que no se les veía el rostro, comentándole incluso a Calixto que uno de ellos era Jorge, compañero suyo de cabaña en el campamento de 2016. El envío de estos archivos era con la finalidad de que el menor también le mandase fotos de sus genitales, las cuales le solicitó insistentemente en varias ocasiones. Finalmente, el menor le envió fotos sugerentes (sin camiseta o de sus piernas depiladas) sin que se mostrasen sus genitales.

H ) Eusebio (nacido el NUM007-2002)

Tras el campamento de 2015, el acusado contactó por DIRECCION004. con Eusebio, pidiéndole fotografías de sus genitales y que le dijese cuanto le medía su miembro viril a cambio de mandarle fotografías de su novia desnuda, sin que finalmente se produjese el intercambio solicitado.

I) Guillermo (nacido el NUM008-2000) Después del campamento de julio de 2016, tras contactar con el menor -el cual ya contaba con 16 años de edad- el acusado le envió un video de una joven desnuda así como una fotografía de su miembro viril.

J) Humberto (nacido el NUM009 de 2005).

Tras contactar con Humberto por DIRECCION004., el acusado le interrogó cuestiones de tipo sexual pidiéndole en varias veces que se midiera el pene para conocer sus dimensiones y otras preguntas de la misma temática. También le requirió en varias ocasiones para que se hiciese fotos y se las mandase para que viese lo grande que la tenía, sin que el acusado llegase a conseguir su propósito.

K) Jon (nacido el NUM006 de 2005).

A través de la aplicación DIRECCION004., el acusado empezó a interrogarle reiteradamente sobre si veía videos de tipo sexual o si se masturbaba, monopolizando las conversaciones con temática erótica.

Aunque la finalidad del acusado era obtener imágenes de los genitales de Jon, el menor tan solo le remitió una foto en la que salía con el torso desnudo ante el espejo y un video en el que describía con palabras cómo es su cuerpo empezando por el pelo.

Con motivo de la investigación policial, el 6 de febrero de 2017 se acordó judicialmente la entrada y registro en el domicilio del acusado, sito en CALLE000 n° NUM010 de la localidad de DIRECCION007 (Cádiz).

Fruto de dicha diligencia, se le incautaron al acusado los siguientes equipos y material informático de los que se servía para su ilícita actividad:

- teléfono marca Acuaris X5 número de serie NUM011.
- un portátil marca Asus modelo ASSL con número de serie NUM012
- un portátil marca Lenovo modelo Z50-7020354.
- un portátil marca Hacer modelo E5573C5WH
- un disco duro marca Verbatim.

En dichos dispositivos electrónicos había fotografías de personas desnudas que fueron utilizadas por el acusado para tratar de conseguir, mediante propuesta de intercambio, imágenes y videos de los menores desnudos.

El acusado en fecha 22 de Mayo de 2019 ha consignado en la cuenta judicial la totalidad de la responsabilidad civil solicitada por el Ministerio Fiscal, en concreto 20.500 euros, antes de la celebración del juicio." (sic)

## Segundo.

En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Ignacio como autor de 6 delitos de embaucamiento, 8 de difusión pornográfica a menores de edad, 3 delitos de elaboración material pornográfico infantil agravados y 1 delito de exhibicionismo concurriendo la atenuante de reparación del daño a las siguientes penas:

En relación. con el menor Leonardo

- Por el delito de embaucamiento de menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Leonardo por un periodo de 5 años.

- Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Leonardo por un periodo de 2 años.

En relación. con Victorino

- Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Victorino por un periodo de 2 años.

-Por el delito de elaboración de pornografía infantil la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Victorino por un periodo de 8 años.

En relación. con Carlos Francisco

- Por el delito de embaucamiento de menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Carlos Francisco por un periodo de 5 años.

-Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Carlos Francisco por un periodo de 2 años. e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier oficio sea o no retribuido que conlleve contacto con menores por un tiempo superior en 6 años al de duración de la pena privativa de libertad

En relación. con Juan Manuel

- Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Juan Manuel por un periodo de 2 años.

- Por el delito de elaboración de pornografía infantil, la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Juan Manuel por un periodo de 8 años.

En relación. con Agustín

- Por el delito de embaucamiento de menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Agustín por un periodo de 5 años.

- Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Agustín por un periodo de 2 años.

En relación. con Arturo

- Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Arturo por un periodo de 2 años.

- Por el delito de elaboración de pornografía infantil, la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Arturo por un periodo de 8 años.

En relación. con Calixto

- Por el delito de embaucamiento de menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Calixto por un periodo de 5 años.

- Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Calixto por un periodo de 2 años.

- Por el delito de exhibicionismo, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Calixto por un periodo de 2 años.

En relación. con Eusebio

- Por el delito de embaucamiento de menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Eusebio por un periodo de 5 años.

En relación. con Guillermo

- Por el delito de difusión de pornografía a menores, la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Guillermo por un periodo de 2 años.

En relación. con Humberto

- Por el delito de embaucamiento de menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Humberto por un periodo de 5 años.

En relación. con Jon

- Por el delito de embaucamiento de menores, la pena de 9 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y comunicarse por cualquier medio con Jon por un periodo de 5 años.

En atención al art 76.1 cp fijamos un máximo de 15 años de prisión en el cumplimiento de ellas penas privativas de libertad.

DEBEMOS imponer así mismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier oficio sea o no retribuido que conlleve contacto con menores por un tiempo superior en 6 años al de duración de la pena privativa de libertad en relación con los delitos de embaucamiento y elaboración de pornografía infantil, decretándose así

mismo libertad vigilada a concretar en el momento de ejecución de sentencia por periodo de 10 años, una vez cumplida la privación de libertad.

DEBERÁ indemnizar en las siguiente cantidades por daños morales: a Leonardo en la cantidad de 2000 euros. Victorino en la cantidad de 3000 euros Carlos Francisco en la cantidad de 1500 euros. Juan Manuel en la cantidad de 3000 euros. Agustín en la cantidad de 1500 euros. Arturo en la cantidad de 3000 euros. Calixto en la cantidad de 2000 euros. Eusebio en la cantidad de 1000 euros. Guillermo en la cantidad de 500 euros. Humberto en la cantidad de 1000 euros. Jon en la cantidad de 1000 euros.

CONDENAMOS así mismo al acusado al pago de las costas procesales incluidas las de la Acusación Particular " (sic)

### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal y la acusación particular como parte recurrida, dictándose sentencia núm. 91/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 en fecha 6 de mayo de 2020, en el rollo de apelación núm. 239/2019, cuyo Fallo es el siguiente: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ignacio, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, de fecha 8 de Julio de 2019, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Y aclarando que la pena impuesta al acusado de 9 meses de prisión por delito de difusión a la pornografía en relación a Carlos Francisco, ha de ser de 6 meses de prisión. Y sin que suponga alteración de la pena máximo de cumplimiento de quince años de prisión.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, con testimonio de la presente resolución, y en su caso de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto." (sic)

### **Cuarto.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Ignacio 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.

### **Quinto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

#### **Primero.**

Por infracción de precepto constitucional conforme al art. 852 LECRIM., en relación con los arts. 24.1 y 2 de la CE., a tenor de lo previsto en el art. 5.4 de la LOPJ.

#### **Segundo.**

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECRIM., en relación con la aplicación de los art. 183, ter apartado 2, 186, 189.1 a), 189.2 a) y 185, así como el 28 del CP.

#### **Tercero.**

Al amparo del art. 849.2 de la LECrim., por existir error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos que constan en el escrito de formalización.

#### **Cuarto.**

Por quebrantamiento de forma en virtud del art. 850.5º y 851.1º y 3º de la LECRIM.

#### **Sexto.**

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 24 de marzo de 2021, y la parte recurrida por escrito de fecha 30 de noviembre de 2020, interesaron la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Séptimo.**

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 14 de septiembre de 2022.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería con fecha 8 de julio de 2019, condenó al acusado Ignacio como autor de seis delitos de embaucamiento, ocho de difusión de pornografía a menores de edad, tres delitos agravados de elaboración de material pornográfico infantil y un delito de exhibicionismo, concurriendo la atenuante de reparación del daño.

Esta resolución fue recurrida por la representación legal del acusado, impugnación que tuvo como desenlace la sentencia núm. 91/2020, 6 de mayo, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestimó el recurso, si bien aclaró que la pena impuesta al acusado de 9 meses de prisión por el delito de difusión de pornografía, en relación a Carlos Francisco, había de ser de 6 meses de prisión, sin que ello supusiera alteración de la pena máxima de cumplimiento de quince años de prisión.

Contra esta sentencia se interpone ahora recurso de casación ante esta Sala. Se formalizan cuatro motivos que van a ser analizados separadamente, sin perjuicio de las oportunas remisiones con el fin de evitar la reiteración de argumentos.

#### **Segundo.**

El examen de las alegaciones de la defensa obliga a una reordenación sistemática, de suerte que iniciaremos nuestro análisis por el cuarto de los motivos, formalizado al amparo de los arts. 850.5 y 851.1 y 3 de la LECrim. Así lo sugieren los arts. 901 bis a) y 901 bis b) de la LECrim, que imponen, por su propia naturaleza, un examen preliminar de las razones que podrían dar lugar al quebrantamiento de forma y a la devolución de la causa al Tribunal sentenciador para que repare la vulneración denunciada.

La queja del recurrente se centra, fundamentalmente, en que la sentencia dictada por el Tribunal de apelación "...no resuelve, porque no valora, hasta el punto de obviar nuestras alegaciones sobre (...) la atipicidad del comportamiento de mi patrocinado". Sostiene la defensa que, además de la relación de consunción que ha venido reivindicando entre los arts. 183 ter 2 y 189 del CP, a lo largo del juicio sostuvo que las imágenes que fueron objeto de difusión exigían, al menos, una valoración por parte del Tribunal sentenciador -también el de apelación- acerca de su significación pornográfica. Sin embargo, ni en la instancia ni en la apelación se hace mención al carácter de esas imágenes y a su virtualidad para integrar los tipos penales por los que ha sido condenado Ignacio.

Ya anticipamos que el motivo ha de ser desestimado. Y son varias las razones que respaldan esta decisión.

La primera, porque ya en las SSTS 323/2015, 20 de mayo y 444/2015, 26 de marzo, esta Sala recordaba que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso ( STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones ( STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo: "... es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim , introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal ( STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico ( SSTS 1300/2011, 23 de noviembre, 1073/2010, 25 de noviembre, la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre, 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECrim".

Además, como indica, la STS 175/2015, 31 de marzo, este motivo casacional por quebrantamiento de forma exige como requisito adicional para su estimación que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

En segundo lugar, la queja del recurrente no expresa una censura a la falta de respuesta del Tribunal a alguna de las pretensiones debidamente esgrimidas en el momento de la formalización del objeto del proceso, sino el silencio frente a una línea argumental que, a su juicio, debió haber sido atendida. Así delimitada la discrepancia, el recurrente no suscita un problema de incongruencia omisiva o fallo corto, sino de insuficiencia de la motivación.

Sea como fuere, carece de sentido sostener que no se ha dado respuesta a las pretensiones de la defensa cuando tanto la sentencia de instancia -FFJJ 3º a 6º- como la dictada en apelación -FJ 5º- dedican un amplio razonamiento a justificar y motivar el juicio de tipicidad respecto de los hechos imputados a Ignacio. Y si bien es cierto que la resolución dictada en apelación centra su argumentación en la solución concursal entre los delitos previstos en los arts. 183 ter 2 y 189 del CP, el carácter pornográfico de las imágenes se desprende del razonamiento en el que ambos Tribunales justifican la concurrencia de los delitos por los que se ha formulado condena.

Con independencia de lo anterior, en la medida en que el recurso de casación promovido también denuncia, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, error de derecho en el juicio de subsunción, la Sala va a abordar y dar respuesta a ese argumento defensivo que, estima el recurrente, no fue suficientemente atendido en la instancia.

Se impone, por consiguiente, la desestimación del motivo ( arts. 884.4 y 885.1 LECrim).

### **Tercero.**

El primero y segundo de los motivos aconsejan un tratamiento conjunto.

Se alega, por una parte, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, al estimar contraria a esos derechos proclamados en el art. 24 de la CE la valoración que hacen la sentencia de instancia y la dictada en apelación de las conversaciones de DIRECCION004 incorporadas a los autos y el informe pericial informático que aportó la defensa acerca de la autenticidad de esos diálogos.

Al propio tiempo, se invoca el art. 849.2 de la LECrim para denunciar error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador. Se citan para respaldar el error que se denuncia: a) atestado instruido por la Guardia Civil nº NUM013, en particular, las declaraciones de los menores y las conversaciones transcritas obrantes en el mismo. (Folio 5 y ss., 80 y ss., 336 y ss. y 728 y ss.); b) acta de entrada y registro (Folio 75); c) oficio de la Guardia Civil por el que contesta al Juzgado que no realizará ninguna diligencia en los ordenadores que se intervinieron. (Folio 850); d) oficio de la Guardia Civil por el que contesta al Juzgado que no realizará ninguna diligencia en el teléfono móvil. (Folio 922); e) informe pericial realizado por el perito informático Epifanio con objeto del análisis y dictamen respecto a la forma y, por ende, cadena de custodia, indemnidad de las conversaciones y, acreditación de titulares de los números presuntamente intervenidos en todas las conversaciones de DIRECCION004 obrantes en la causa, aportado por la defensa con carácter previo al inicio de las sesiones de juicio oral.

3.1.- Con carácter previo, se impone dejar constancia de la falta de viabilidad de un motivo basado en el art. 849.2 de la LECrim que, para ser respaldado, invoca documentos que no tienen el carácter de verdaderos documentos casacionales. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes.

Ni el acta de registro ni, por supuesto, la reseña de efectos encierran el carácter de documento a efectos casacionales. Se trata de diligencias incorporadas al proceso que se limitan a constatar una serie de datos que han

de ser luego objeto de valoración por el Tribunal a quo. Así lo ha entendido esta Sala de forma reiterada, siendo las SSTS 141/2013, 15 de febrero; 322/2008, 30 de mayo, 1616/2000, 24 de octubre y 456/1998, 23 de marzo, fiel expresión de este criterio.

También hemos declarado en innumerables ocasiones -de las que las SSTS 78/2021, 1 de febrero; 177/2021, 1 de marzo; 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre, son buena muestra-, que las diligencias policiales, carecen de virtualidad para hacer valer un recurso de casación por la vía que proporciona el art. 849.2 de la LECrim, inidoneidad que también debe predicarse de los informes policiales (cfr. SSTS 623/2014, 26 de febrero; 341/2008, 16 de junio; 2076/2002, 23 de enero; 993/2002, 27 de mayo; 1606/2001, 7 de septiembre; 1388/1997, 10 de noviembre y 114/1995, 10 de noviembre).

Y respecto del informe pericial elaborado por el perito Epifanio y aportado a la causa por la defensa, lo propio puede decirse acerca de su insuficiencia casacional para concluir un error de hecho en la valoración de la prueba. La Sala Segunda -decíamos en las SSTS 207/2021, 8 de marzo; 3/2016, 19 de enero; 458/2014, 9 de junio y 370/2010, 29 de abril- solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable ( SSTS 182/2000, 8 de febrero; 1224/2000, 8 de julio; 1572/2000, 17 de octubre; 1729/2003, 24 de diciembre; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo, entre otras).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan ( artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

De ahí que el esfuerzo argumental del recurrente encaminado a acreditar la pretendida equivocación del órgano decisorio, con fundamento en documentos que carecen de validez casacional esté condenado de antemano a ser rechazado. Sin embargo, la desestimación del motivo formalizado por la vía que ofrece el art. 849.2 de la LECrim no va a ser obstáculo para que esta Sala atienda algunos de los argumentos que ahí se vuelcan para valorar y resolver el motivo que sostiene la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Se trata, al fin y al cabo, de una descolocación sistemática que no debería implicar el cierre a toda argumentación que reivindica la inocencia del acusado.

3.2.- Desde esta perspectiva, alega la defensa que los mensajes de DIRECCION004 intercambiados por el acusado con las víctimas no fueron introducidos en la causa de forma correcta, lo que ha llevado a un error en la valoración probatoria, de modo singular, en lo que afecta a la cadena de custodia, la indemnidad de las conversaciones y la acreditación de los titulares de las distintas cuentas desde la que se produjeron esas conversaciones. Lo habitual -razona la defensa- es "...utilizar herramientas y software forense informático como por ejemplo Cellebrite UFED u Oxygen Forensic. (y) verificar la información almacenada en la base de datos de DIRECCION004".

A partir de esa premisa, el motivo expone lo que, a juicio del recurrente, debería haber sido un informe pericial que, ajustado a las exigencias técnicas, despejara las dudas sobre la autenticidad del material informático intervenido en la causa. Además, no hay una diligencia de cotejo por la Letrada de la Administración de Justicia que descarte dudas acerca de la cadena de custodia. Por si fuera poco, los agentes de la Guardia Civil realizaron una "criba" de los mensajes que, como tal, implica una manipulación. La vulneración de los derechos constitucionales denunciados también se habría producido por el interesado sesgo incriminatorio con el que la Guardia Civil dirigió las declaraciones de los menores víctimas de los delitos imputados a Ignacio.

No tiene razón la defensa.

Se impone el recordatorio de una premisa metodológica sin la cual el sentido del recurso de casación, sobre todo a raíz de la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, queda absolutamente desdibujado. Y es que lo que pretende el Letrado recurrente -en su minucioso escrito de formalización- es que esta Sala efectúe su propia valoración acerca de lo que dictaminó el perito Epifanio en el plenario, lo que declararon los menores en comisaría y en el juicio oral y, en fin, que nos pronunciemos sobre la dirección de los interrogatorios en dependencias policiales,

en contraste con lo que testimoniaron los agentes en el plenario. De este modo, una vez alcanzada nuestra peculiar valoración de los hechos -sin haber presenciado las declaraciones de unos y de otros- deberíamos desplazar las conclusiones probatorias de la instancia, avaladas en apelación, imponiendo nuestro singular punto de vista.

No es esto a lo que autoriza el recurso de casación.

Las alegaciones del recurrente -de reiterada presencia estadística en los recursos de casación de los que conoce esta Sala- ofrecen la oportunidad de recordar, una vez más, la importante incidencia que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha tenido en la casación penal. En efecto, como hemos apuntado en numerosos precedentes, la generalización de la segunda instancia ha reorientado, de forma ineludible, el entendimiento del recurso de casación y, de modo especial, la frecuente alegación de menoscabo del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Cuando se trata del recurso de casación promovido frente a una sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia, la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia ya ha sido objeto de fiscalización por la novedosa vía impugnativa que, aunque con un retraso histórico, ha sido arbitrada por la indicada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015. Se trataba, pues, de hacer efectivo el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior, tal y como reconoce el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La primera consecuencia, en ocasiones olvidada, es que el objeto del presente recurso no es la sentencia dictada en la instancia y confirmada en la apelación. El único objeto de la casación penal es la resolución emanada del Tribunal Superior de Justicia al pronunciarse sobre el recurso de apelación formalizado. De ahí que los argumentos que sirven de vehículo para expresar -ya en casación- la discrepancia con el desenlace del proceso tienen que centrarse en lo resuelto por el órgano ad quem que, en el marco de la apelación, es precisamente el Tribunal Superior de Justicia.

Por consiguiente, el esfuerzo argumental dirigido a cuestionar los razonamientos que se deslizan en la sentencia dictada inicialmente por la Audiencia Provincial altera la propia funcionalidad del recurso de casación promovido. La oportunidad que brindan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, para hacer valer un recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, no puede ser interpretada como la última ocasión para reiterar ante el Tribunal Supremo argumentos que no fueron atendidos en la instancia. La Ley 41/2005 no ha creado una apelación encadenada que autorice la repetición de aquello que no ha sido estimado en lo que erróneamente se interpretaría como la primera apelación (cfr. SSTS 204/2022, 8 de marzo; 833/2021, 29 de octubre, 693/2020, 15 de diciembre; 702/2021, 16 de septiembre y 599/2020, 12 de noviembre, entre otras muchas).

3.3.- Desde esta perspectiva, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia puntualiza, frente a lo que viene sosteniendo la defensa, que "...los menores han mantenido la misma versión, desde su declaración en la Policía, Juzgado Instructor y posteriormente en el juicio oral: Conocieron todos al acusado con ocasión de permanecer el verano de 2016 en un campamento de DIRECCION003, y finalizado el mismo y habiéndose hecho previamente con sus respectivos teléfonos, contactó con los mismos, vía DIRECCION004 e DIRECCION005, hablándoles de temática de contenido sexual, y tratando con los mismos de que éstos les hiciesen llegar fotografías de sus partes íntimas y desnudos; en otras ocasiones, era el acusado quien les enviaba fotos suyas y videos donde aparecía masturbándose".

La sentencia que dio respuesta al recurso de apelación hace suyo el criterio de la Audiencia Provincial, que "...no ha tenido la más mínima duda en atribuir (valor probatorio) a las declaraciones de los menores, considerándolas persistentes, sin contradicciones esenciales, no observando en ellos, motivos espurios. En este tipo de casos, la experiencia viene a confirmar que tratándose de menores que han sufrido agresiones sexuales o bien este tipo de hechos sexuales, sienten vergüenza a contarlo a sus padres, que, en efecto ha sido apreciado por la Sala juzgadora".

Ha descartado también el vacío probatorio a partir de "...la declaración de la víctima, (que) puede constituir prueba de cargo bastante cuando se practica con las debidas garantías procesales y, como se ha indicado, no existen indicios que apunten a una valoración irracional, absurda o arbitraria".

Rechaza también la queja acerca del supuesto "dirigismo" de los agentes de la Guardia Civil al practicar el interrogatorio de los menores: "... se trata de menores que depusieron ante la Guardia Civil, poco acostumbrados, y es la persona que dirige la investigación quien interroga, a la vista de las denuncias que se presentaron por los padres de los menores, donde inicialmente ya aportaron copias de los DIRECCION004, por lo que, es lógico y normal que, el interrogatorio a la vista de lo aportado lo lleve el Instructor de las diligencias policiales".

Esta Sala constata y añade que las declaraciones policiales de las distintas víctimas del acusado no constituyen la base probatoria sobre la que se ha sustentado el juicio de autoría. Antes al contrario, los menores y los agentes que llevaron a cabo el interrogatorio comparecieron en el plenario y pudieron ser interrogados por el Fiscal y la defensa, en un interrogatorio cruzado que ofreció las respuestas precisas para integrar el cuerpo probatorio sobre el que se ha razonado en la instancia y en la apelación la autoría de Ignacio.

Censura la defensa la falta de autenticidad de las conversaciones protagonizadas por el acusado con los menores, al no haberse incorporado al proceso conforme a las garantías que subrayó el dictamen pericial de la defensa. Sin embargo, también ahora detectamos en la sentencia recaída en la instancia y en la dictada en al resolver el recurso de apelación -recordemos, verdadero objeto del presente recurso- un razonamiento ajustado al

canon constitucional de valoración probatoria. En el FJ 4º de esta última puede leerse: "... el perito de la defensa, Sr. Epifanio, fue propuesto a fin de que se pronunciara en torno a la custodia de la información que contenían los DIRECCION004. De poco sirvió esta pericia para los intereses de la defensa, ya que, el perito a preguntas del Ministerio Fiscal manifestó que 'no le constaba que, hubieran sido manipuladas las conversaciones ni las fotografías'; asimismo dijo, no haber tenido acceso a los terminales -ordenador y móviles- hallados en el domicilio del acusado, y que de haberse encomendado esa pericia podría haberse pronunciado".

Mal puede etiquetarse un dictamen pericial como decisivo cuando el perito informante reconoce que no ha tenido acceso a las piezas de convicción sobre las que habría de basar su informe y, sobre todo, cuando a la pregunta acerca de si podía afirmar algún género de manipulación de las conversaciones o las fotografías descartó cualquier constancia de ello.

3.4.- En defensa de su tesis, la defensa trae a colación la sentencia de esta Sala núm. 300/2015, 19 de mayo, acerca del valor de los pantallazos de conversaciones mantenidas en redes sociales o sistemas de mensajería cuando su realidad es negada por alguno de los interlocutores.

Sin embargo, se trata de una cita fragmentada que sólo mediante una selección interesada de sus pasajes puede servir de apoyo al argumento que da vida al motivo. En efecto, en aquella resolución nos pronunciamos acerca del valor probatorio de los documentos impresos que reflejaban conversaciones telemáticas mantenidas entre dos o más interlocutores. Decíamos entonces: "... la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido".

Con la misma claridad que proclamábamos esa doctrina, puntualizábamos que en aquellas ocasiones en las que existan otros elementos de prueba que permitan advenir esa comunicación y descartar cualquier duda sobre su autenticidad, ninguna vulneración del derecho a la presunción de inocencia puede sostenerse. En el supuesto entonces enjuiciado, la entrega voluntaria de la contraseña por la víctima y el hecho de que un testigo de esas conversaciones fuera interrogado en juicio, llevaron a excluir cualquier vulneración de alcance constitucional.

En el caso que ahora centra nuestra atención, la declaración de los agentes de la Guardia Civil que practicaron el registro -todos ellos confirmaron la actitud colaboradora del acusado a la hora de acceder a los dispositivos- y, en fin, el testimonio de los menores con los que contactó Ignacio, quienes explicaron el contenido de sus conversaciones, descartan el menoscabo del círculo de derechos cuya vigencia reivindica el motivo.

Por consiguiente, la falta de un dictamen pericial de autenticidad, cuando uno de los interlocutores niegue ser el autor de los mensajes vertidos en un sistema de comunicación telemática, obliga a descartar cualquier duda acerca del origen de esas afirmaciones, salvo en aquellos casos en los que existan otros elementos de prueba, debidamente valorados por el órgano decisorio, que pongan de manifiesto, más allá de cualquier duda razonable, el origen y la autoría de esos enunciados.

Así lo expresó esta Sala en su STS 375/2018, 19 de julio, siguiendo la doctrina apuntada en la STS 754/2015, 27 de noviembre: "...no es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción iuris tantum de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad -por la existencia de sospechas o indicios de manipulación- se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su contenido. Ahora bien, tal pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba".

3.5.- Otro de los motivos sobre los que el recurrente apoya la pretendida insuficiencia probatoria de las conversaciones de DIRECCION004, tal y como fueron incorporadas a la causa, es la ausencia del Letrado de la Administración de Justicia en el momento del volcado de los datos por parte de los agentes que dirigieron la investigación.

Son varias las razones que conducen al rechazo de esta línea argumental.

La primera, que la sentencia recurrida da respuesta a esta cuestión en el FJ IV, cuando explica que fueron los menores acompañados de sus respectivos padres los que aportaron los móviles desde los que fueron extrayéndose conversaciones y fotos que habían sido enviadas por el acusado a cada uno de ellos. Ese material fue remitido al EDITE -Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil-. El hecho de que esas fotos no fueron halladas con posterioridad en los móviles "...fue debido a que, como manifiestan éstos, el propio acusado, les decía fueran borradas, lo que hicieron dichos menores, por vergüenza y temor a sus respectivos padres".

Por otra parte, la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de instrucción de DIRECCION007 no fue ajena a las garantías de autenticidad, pues estuvo presente en el registro del domicilio del acusado y, según puede leerse en el último párrafo del FJ 3º de la sentencia "...todas estas declaraciones se vieron reforzadas en múltiples casos con la aportación de mensajes de DIRECCION004., y fotografías por parte de los menores y posteriores transcripciones de las conversaciones de DIRECCION004, procedente del volcado del contenido de los dispositivos móviles de las víctimas, que fe cotejado por al LAJ".

Al margen de lo expuesto, que ya es suficiente para descartar el atendimiento a la queja del recurrente, lo cierto es que nuestro sistema jurídico no exige la presencia del Letrado de la Administración de Justicia para el volcado de los datos que obren en dispositivos de almacenamiento masivo. Así se desprende del art. 588 sexies c) 1º de la LECrim, redactado conforme a la reforma operada por la LO 13/2015, 5 de octubre, según el cual, el Juez de instrucción "... fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial".

Este enunciado permite deducir dos ideas clave. La primera, que la garantía de preservación e integridad de los datos no se hace recaer, como presupuesto habilitante, en la presencia del Letrado de la Administración de Justicia. La segunda, que el dictamen pericial no es imperativo para hacer valer el contenido de esos datos. La prueba pericial, sólo "en su caso", resultará indispensable.

La Fiscalía General del Estado, en la Circular 5/2019, 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, señaló que "...el medio idóneo e imprescindible para garantizar la identidad de los dispositivos incautados será su adecuada reseña por el Letrado de la Administración de Justicia en el acta del registro cuando el dispositivo haya sido incautado con motivo de éste. En los demás casos, como podría ser, por ejemplo, la incautación con motivo de una detención policial, deberá la Policía Judicial identificar adecuadamente en el acta que al efecto se levante y que deberá figurar unida al atestado que se presente, el dispositivo incautado" (apartado 3.4.3).

Es la "adecuada reseña" por el Letrado de la Administración de Justicia de los dispositivos incautados, más que su presencia en el volcado, lo que contribuye a reforzar las garantías de autenticidad. El carácter no imperativo de esa intervención del fedatario judicial en el acto del volcado entronca así con una línea jurisprudencial plenamente consolidada con anterioridad a la reforma de 2015. Las SSTS 378//2014, 7 de mayo; 381/2010, 27 de abril; 480/2009, 22 de mayo; STS 256/2008, 14 de mayo y 187/2015, 14 de abril, son ejemplos de esta interpretación jurisprudencial. En esta última resolución llega a decirse lo siguiente: "... aunque no hay duda de que el secretario judicial es una instancia formal de garantía, la jurisprudencia aconseja no sobrevalorar su mediación, por su propia condición de profano en materia de conocimientos informáticos".

No se quebrantaron, pues, las garantías del acusado en la incorporación a la causa de las conversaciones y datos que posteriormente fueron valorados en la instancia y avalados en la apelación.

Se impone la desestimación del motivo ( art. 885.1 LECrim).

#### **Cuarto.**

El tercero de los motivos, al amparo del art. 849 de la LECrim, denuncia infracción de ley de los apartados 1 -error en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo- y 2 -error de hecho en la valoración de la prueba-

Ya hemos señalado supra, la inviabilidad de una reclamación basada en el art. 849.2 de la LECrim cuando los documentos que se citan para respaldar ese error valorativo no reúnen las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Sala. A lo expuesto en el FJ 3.1 de esta misma resolución conviene remitirse.

De lo que se trata ahora, por tanto, es de analizar si la sentencia recurrida incurrió en algún error en el juicio de tipicidad. Los preceptos indebidamente aplicados, a juicio de la defensa, serían los que incriminan el delito de embaucamiento ( art. 183 ter 2 CP), delito de difusión pornográfica a menores de edad ( art. 186 CP), delito de elaboración material pornográfico infantil agravados ( art. 189. 1 a y 2 a CP) y delito de exhibicionismo ( art. 185 CP).

4.1.- Entiende el Letrado recurrente que existe un elemento común entre los arts. 189.1 a) y 186 del CP, en la medida en que ambos exigen que se elabore o difunda "material pornográfico". A partir de esta afirmación inicial concluye que el carácter pornográfico del material "...debe probarse en el juicio y de ordinario visionarse", sea cual fuere el material en el que esas imágenes se recojan. Después de un elaborado análisis del concepto de pornografía según el Consejo de Europa, la jurisprudencia de esta Sala y la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, concluye que "...de los equipos incautados no se ha extraído imagen alguna ni pornográfica, ni relacionada con ningún menor en concreto".

El problema radica en que el desacierto en la calificación de los hechos, cuando se hace valer por la vía que autoriza el art. 849.1 de la LECrim, no puede tomar como punto de referencia lo que, a juicio del recurrente, debería haber quedado acreditado, sino lo que anuncia el juicio histórico. La defensa no se atiene a esa premisa

metodológica, sino que ofrece a la Sala un recorrido crítico sobre lo que, a su entender, ha quedado o no verdaderamente probado en relación con cada una de las víctimas. Sugiere que reparemos en las contradicciones en los testimonios de los menores e incluso en la falta de credibilidad de alguno de ellos. Sin embargo, el sostén probatorio de lo que proclama el relato de hechos probados ya ha sido objeto de análisis en la fase de apelación y, con las limitaciones propias del recurso extraordinario de casación, al resolver los motivos primero y segundo. Ahora se impone una lectura del factum sin adherencias interesadas, tal y como ha sido pronunciado en la instancia. Y su contenido, sin los añadidos que la defensa pretende intercalar acerca de si las fotografías constan o no en la causa o si los archivos fueron o no abiertos por su destinatario, no puede ser más concluyente:

A) En relación con Leonardo, "...el acusado aprovechó para indagar si el menor veía videos de tipo sexual o si se masturbaba. Una vez conducida la conversación al terreno pretendido, el acusado le propuso al menor hacer una videollamada para así verse los penes. Igualmente, en otra conversación, el acusado le pidió que se hiciese una fotografía de cuerpo entero saliendo de la ducha y se la mandase (...) El acusado, tratando de que el menor viese normal el intercambio de archivos de naturaleza sexual, le mandó un video en el que aparecía el propio acusado masturbándose hasta eyacular".

B) Respecto de Victorino, "...solicitó al menor que le mandase fotografías sin ropa, logrando que el mismo le remitiese 3 archivos en los que aparecía desnudo sobre el mes de agosto de 2016. El acusado, igualmente y con la finalidad de que al menor le pareciese normal el intercambio de imágenes tan íntimas, también le mandó a Victorino varias fotografías de sus órganos sexuales".

C) A Carlos Francisco le interrogó "...sobre cuestiones de tipo sexual, como si le había crecido el vello público o si se depilaba sus partes íntimas, el acusado le solicitó a Carlos Francisco que le mandase fotografías en las que apareciese desnudo, (...) Tratando de convencerle y proponiéndole un intercambio, el acusado le mandó fotografías de mujeres desnuda".

D) Las conversaciones con Juan Manuel "...siempre iniciadas por el acusado, eran de temática sexual preguntándole cómo tenía sus partes íntimas e incluso si quería 'que se la chupara' cuando se vieran en el campamento al año siguiente. [...] En el transcurso de esas conversaciones de tipo sexual, el acusado le mandó a Juan Manuel varias fotografías de sus partes íntimas en el mes octubre de ese mismo año, así como 3 videos pornográficos en los que participaban adultos. Como contraprestación por esos archivos enviados, el acusado le pidió fotos a Juan Manuel donde apareciese desnudo"

E) A Agustín el acusado le envió "...una fotografía de su pene y le pidió al menor que hiciera lo mismo a cambio de fotos de la supuesta novia del acusado desnuda".

F) A Arturo "...con la finalidad de conseguir un material pornográfico en el que interviniesen menores, (le) insistió constantemente pidiéndole fotos (del menor) sin ropa, consiguiendo finalmente que le mandase varias donde se le veían los abdominales, el torso descubierto así como algunas donde aparecía completamente desnudo. [...] El acusado, por su parte y tras mantener conversaciones sobre el tamaño de sus penes, también le envió fotos propias al menor desnudo. El acusado le pidió un video en el que apareciese el menor masturbándose. Para tratar de convencerlo, el acusado le mandó uno en que aparecía él realizando dicha práctica sexual, así como fotos de personas, tanto mayores como menores de edad, desnudas".

G) El acusado quedó con Calixto "...en la PLAYA000 de DIRECCION006, aprovechando que el menor fue a veranear por esa zona. Cuando se estaban despidiendo, el acusado le pidió que le acompañara al baño del hotel. Una vez allí, empezó a masturbarse con la puerta abierta y delante del menor y le pidió que entrara, a lo cual éste se negó. [...] Además, el acusado le mandó por DIRECCION004. diversas fotografías de chicas y chicos desnudos a los que no se les veía el rostro, comentándole incluso a Calixto que uno de ellos era Jorge, compañero suyo de cabaña en el campamento de 2016. El envío de estos archivos era con la finalidad de que el menor también le mandase fotos de sus genitales, las cuales le solicitó insistentemente en varias ocasiones. Finalmente, el menor le envió fotos sugerentes (sin camiseta o de sus piernas depiladas) sin que se mostrasen sus genitales".

H) El acusado contactó por DIRECCION004. con Eusebio, "...pidiéndole fotografías de sus genitales y que le dijese cuanto le medía su miembro viril a cambio de mandarle fotografías de su novia desnuda, sin que finalmente se produjese el intercambio solicitado".

I) Después del campamento de julio de 2016, tras contactar con Guillermo de 16 años, el acusado le envió un video de una joven desnuda así como una fotografía de su miembro viril.

J) A Humberto, tras contactar por DIRECCION004, el acusado "...le interrogó cuestiones de tipo sexual pidiéndole en varias veces que se midiera el pene para conocer sus dimensiones y otras preguntas de la misma temática. También le requirió en varias ocasiones para que se hiciese fotos y se las mandase para que viese lo grande que la tenía".

K) A través de la aplicación DIRECCION004., el acusado empezó a interrogar reiteradamente a Jon "...sobre si veía videos de tipo sexual o si se masturbaba, monopolizando las conversaciones con temática erótica. Aunque la finalidad del acusado era obtener imágenes de los genitales de Jon, el menor tan solo le remitió una foto en la que salía con el torso desnudo ante el espejo y un video en el que describía con palabras cómo es su cuerpo empezando por el pelo".

La detenida lectura del juicio histórico descarta cualquier quiebra en el juicio de tipicidad por la ausencia de carácter pornográfico del material intercambiado. Las fotografías de genitales o la desnudez de menores o mayores de edad en el contexto descrito por los Jueces de instancia integra el concepto de material pornográfico

4.2.- En apoyo de la impugnación, la defensa cita la sentencia de esta Sala núm. 376/2006, 8 de marzo, subrayando el FJ 3º en el que se señala lo siguiente: "... tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo 'no puede ser considerada objetivamente material pornográfico', recogiendo literalmente lo dicho en la STS 1342/03, porque, efectivamente, aunque la pornografía es un concepto que no está definido en el Código Penal, lo cierto es que comporta, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, un añadido a las imágenes de obscenidad o situaciones impúdicas, lo que no puede predicarse sin más de un desnudo, luego en la medida que en el hecho probado no se especifica dicho contenido de obscenidad o impudicia resulta insuficiente para subsumir los hechos en el delito por el que han sido calificados".

Sin embargo, nada de lo que aquí se proclama es aplicable al caso que nos ocupa. La riqueza del hecho probado sentado por la Audiencia Provincial de Almería no tiene ningún punto de coincidencia con la escueta parquedad del *factum* incorporado a la resolución que fue entonces objeto de recurso y que dio lugar al dictado de la STS 376/2006. En este último caso, se limitaba a señalar, como presupuesto fáctico de la condena por un delito de utilización de un menor de edad para elaborar material pornográfico, que el acusado "...lo fotografiaba estando desnudo e incluso (realizaba) grabaciones en vídeo para satisfacer sus instintos libidinosos".

Lo que el relato de hechos probados precisa en relación con la conducta del acusado Ignacio, los diálogos que mantiene con cada uno de los menores y, en algunos casos, el intercambio de fotos que recogen actos masturbatorios o penes, tienen la suficiente fuerza descriptiva como para apreciar todos y cada uno de los elementos típicos de los delitos por los que se ha formulado condena.

4.3.- También atribuye la defensa un error en la calificación jurídica de los hechos derivado de la inaplicación de la fórmula propia del concurso de normas regulado por el art. 8 del CP y no de delitos, entre los arts. 183 ter 2º y el art. 189 del CP, "...ya que éste sanciona la captación o utilización de menores de edad con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, y el art. 183 ter 2º es un delito de tentativa de pornografía del art. 189, por lo que si el autor del embaucamiento recibe el material pornográfico, no es de aplicación el 183 ter 2 sino el 189, por el principio de consunción del art. 8.3 del CP".

Tiene razón el recurrente cuando reivindica el tratamiento jurídico de ambas figuras penales ( art. 183 ter 2º y 189 del CP) conforme a las reglas del concurso de normas. Así lo ha entendido incluso esta Sala en su STS 151/2019, 21 de marzo: "... el nuevo tipo penal cuya aplicación solicita el recurrente (art. 183 ter.2) se refiere al fenómeno criminal conocido como sexting, neologismo que aparece integrado por las palabras en inglés "sex" y "texting" -envío de mensajes-, en este caso de fotografías propias con contenido sexual que se remiten vía internet a terceras personas por menores de edad. [...] Sin embargo, la calificación jurídica alternativa que propone mediante la aplicación de ese precepto es claro que no puede admitirse. Pues el nuevo delito de embaucamiento tipifica conductas consistentes en contactar con menores de 16 años, a través de internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, y realizar "actos dirigidos a embaucarle" para que le facilite o le muestre imágenes pornográficas en las que aparezca o se muestre un menor, ya sea él mismo, o, en su caso, un tercero. Y ello no es lo que en nuestro caso sucede, habida cuenta que el acusado no se limitó a realizar actos dirigidos a embaucarle, sino que realmente ha ido mucho más lejos, puesto que consiguió embaucarle y además obtuvo la materialización del resultado del embaucamiento, en la medida en que consiguió que los menores le proporcionaran imágenes sexuales suyas en las que aparecían masturbándose y en otras actitudes calificables como pornográficas.

Por consiguiente, el acusado no sólo realizó actos preparatorios del tipo penal del art. 189 del texto punitivo (según algún sector doctrinal se trataría de una auténtica tentativa), sino que además ejecutó actos específicamente comprendidos dentro de ese precepto, dado que como dice la Audiencia utilizó a los menores con fines pornográficos o exhibicionistas y para que le elaboraran material pornográfico integrado por las imágenes de los propios menores a los que acosaba mediante sus contactos a través de internet.

No se limitó, pues, a realizar los actos preparatorios previos a la comisión del delito de pornografía infantil previsto en el art. 189 del C. Penal, que es en lo que sustancialmente consiste el nuevo tipo penal de embaucamiento, sino que alcanzó el resultado material del delito de pornografía infantil que prevé el referido precepto, y además en algunos de los casos en la modalidad agravada de su apartado 3.a).

Siendo así, el juicio de subsunción que realizó el Tribunal sentenciador se ajusta a las exigencias típicas del art. 189 y rebasa claramente las previstas en el nuevo art. 183 ter.2 del C. Penal".

Por consiguiente, la relación entre los arts. 183 ter 2º y 189 del CP es la propia del concurso de normas, de suerte que si a la estrategia inicial de acercamiento siguen actos ejecutivos propios del delito de pornografía infantil, la condena por el art. 189 absorberá el desvalor de las maniobras aproximativas que han permitido ese resultado ( art. 8.3 CP). Cuestión distinta es la regla concursal conforme a la que ha de resolverse la relación entre el primero de los apartados del mismo art. 183 ter y el art. 189 (cfr. acuerdo de Pleno 8 de noviembre de 2017).

Al margen de lo expuesto, lo cierto es que en el presente caso no asiste razón al recurrente, pues la Audiencia Provincial de Almería no ha incurrido en la prohibición constitucional de desbordar la medida de la culpabilidad, efecto que impide el principio non bis in idem. Así lo razona el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación: "...la sentencia, con buen criterio, en ningún caso condena al acusado por el 183 ter 1 y por el 189.1 a) en relación a la misma víctima. En los casos en los que el menor se negó a enviar las imágenes solicitadas, se condena sólo por el 183, y cuando el menor sí las envió, condena sólo por el 189".

La queja, por tanto, decae.

4.4.- Aun sin expresa mención del precepto que se dice indebidamente aplicado, la defensa cuestiona el pronunciamiento sobre responsabilidad civil que contiene la resolución recurrida. Lo hace por dos vías, ninguna de las cuáles puede ser atendida.

La primera, con el argumento de que "...al no existir delito alguno no cabe dicha responsabilidad civil". El delito existe y el pronunciamiento de responsabilidad civil está vinculado a su propia existencia, tal y como se describe en el hecho probado e impone el art. 116.1 del CP.

La segunda, al amparo de la idea de que los supuestos daños morales no han quedado acreditados y no tienen otra base que "...las propias manifestaciones de los menores quienes reconocen que no se han sentido afectados por los hechos (...), por lo que sin afectación no puede haber alteración o trastorno susceptible de indemnización".

La alegación formulada por el recurrente ha sido ya resuelta por esta misma Sala en supuestos similares. Las SSTS 5 mayo 2020 -recaída en el recurso de casación núm. 10461/19- y 264/2009, 12 de marzo, recordaban que, si bien es cierto que el trauma psicológico no aparece recogido en el relato de hechos probados, también lo es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad.

Y en relación al cuestionado trauma psicológico, debemos insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, ( SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo, entre otras).

La traducción de estos criterios en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada. Dicho en palabras de la STS 752/2007, 2 de octubre, no es cuestionable la legitimidad de un método de determinación del daño basado en la estimación ponderada y prudencial, en la comprobación de si la traducción en dinero es o no manifiestamente desproporcionada.

Procede la desestimación del motivo ( art. 884.3 y 885.1 LECrim).

#### **Quinto.**

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Ignacio contra la sentencia núm. 91/2020, 6 de mayo, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería con fecha 8 de julio de 2019.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Vicente Magro Servet D.<sup>a</sup> Susana Polo García  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Ángel Luis Hurtado Adrián

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.