



Roj: **STS 634/2025 - ECLI:ES:TS:2025:634**

Id Cendoj: **28079120012025100129**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2025**

Nº de Recurso: **4458/2022**

Nº de Resolución: **116/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 513/2021,**
STSJ AND 8907/2022,
STS 634/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 116/2025

Fecha de sentencia: 13/02/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4458/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/02/2025

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: AGG

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: 4458/2022

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 116/2025

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 13 de febrero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 4458/2023 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **D. Felipe**, representado por la procuradora D.^a Susana Patricia Ballesteros Ferrón y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Muñoz Belizón, contra la sentencia núm. 114/2022, de fecha 27 de abril, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación núm. 294/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia núm. 206/2021, de 21 de junio, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 46/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de El Ejido que le condenó por el delito de utilización de menores para elaboración de material pornográfico de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es parte el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de El Ejido incoó Diligencias Previas con el núm. 126/2017, por delito de utilización de menores para elaboración de material pornográfico, contra D. Felipe y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Almería cuya Sección Tercera dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 46/2019, sentencia el 21 de junio de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO.- El acusado, Felipe, mayor de edad y sin antecedentes penales, en los veranos de los años 2014 a 2016 fue enfermero y monitor de un campamento en la localidad de DIRECCION000 (Málaga), donde tuvo a su cargo a numerosos menores de edad.

Con motivo de esa actividad el acusado generó lazos afectivos con el menor Dionisio (nacido el NUM000 /2002), con el que mantuvo conversaciones de temática sexual por las aplicaciones Whatsapp e Instagram en las que, con fines exclusivamente libidinosos y tratando de obtener fotos o vídeos de sus genitales, provocó al menor diciéndole que tenía el pene muy pequeño y que no le había crecido vello, logrando así que éste, en fecha no determinada entre los veranos de 2014 y 2015, le mandase una foto en la se levantaba el elástico de los calzoncillos y mostraba su zona púbica.

El representante legal del menor no reclama por estos hechos."

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado, Felipe, como autor de un delito ya definido de utilización de menores para elaboración de material pornográfico a la pena de 1 año y 9 meses de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con Dionisio por un periodo de 6 años e inhabilitación especial para el empleo o cargo de monitor y enfermero de campamentos de menores por tiempo de 2 años, así como a la medida de seguridad de libertad vigilada, que se concretará en ejecución de sentencia y ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, durante 6 años; con imposición de las costas procesales."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Felipe, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en fecha 27 de abril de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 294/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Ballesteros Ferrón, en nombre del acusado Felipe, contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2021 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de procedimiento abreviado n.º 55 de 2019, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia impugnada, declarando de oficio las costas de esta instancia."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el acusado, 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.- La representación procesal del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849. 1º de la LECrim, por aplicación indebida del art. 189, 1, a) del Código Penal.

SEXTO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, se acordó dar traslado a las partes a fin de alegar lo que pudiera resultar procedente acerca de la eventual incidencia de la mencionada nueva regulación respecto a la condena impuesta en la sentencia ahora recurrida. Se tiene por decaído al Procurador de D. D. Felipe . El Ministerio Fiscal se opone a la revisión de la condena impuesta.

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente. Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo de la LECrim, por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 12 de febrero de 2025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, D. Felipe ha sido condenado en sentencia confirmada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, como autor de un delito de utilización de menores para elaboración de material pornográfico a la pena de un año y nueve meses de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con Dionisio por un periodo de seis años e inhabilitación especial para el empleo o cargo de monitor y enfermero de campamentos de menores por tiempo de dos años, y al pago de las costas procesales.

Se le impuso también la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 114/2022, de 27 de abril, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación núm. 294/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Felipe , contra la sentencia núm. 206/2021, de 21 de junio, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de procedimiento abreviado núm. 55/ 2019.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se deduce al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Sostiene que los hechos que se han declarado probados se basan en la declaración del menor, en las conversaciones de WhatsApp y en una fotografía, lo que fue introducido en los autos de forma incorrecta.

Sustenta su queja en el informe pericial realizado por el perito informático D. Modesto .

Indica que no se ha respetado la cadena de custodia. La inclusión de conversaciones de WhatsApp dentro de las actuaciones ha tenido lugar mediante la reproducción del texto de la conversación. No se verifica, o al menos no se tiene constancia en las actuaciones, de la verificación a nivel técnico de la integridad de dichas conversaciones, garantizando su autenticidad y validez de la prueba. Tampoco se han identificado el emisor y receptor, ni los titulares de las cuentas de WhatsApp asociadas en dicha comunicación.

Añade que el menor facilitó a la Guardia Civil el extracto de las conversaciones por mensajería y el archivo con la fotografía donde dice la sentencia que se aparecían sus partes íntimas, sin que hayan sido cotejados por fedatario público, sin que se haya acreditado la indemnidad del contenido de la conversación, ni el número telefónico con el que se mantiene la conversación, ni quien sea su titular. Más allá de la declaración del menor, no existe prueba que sustente dichas supuestas conversaciones. Por todo ello estima que carecen de valor probatorio.

Indica que la pericial que aportó tenía por objeto determinar si la forma en la que las conversaciones han sido incorporadas al procedimiento es correcta desde el punto de vista formal. Su finalidad no era acreditar si hubo manipulación o no de las conversaciones, pues entiende que ello ha quedado suficientemente acreditado en palabras del propio instructor del atestado, sino que la labor del perito fue la de corroborar si las conversaciones se habían incorporado a la causa respetando el procedimiento correcto de cadena de custodia y su validez. A su juicio, lo fundamental es determinar la veracidad de dicha información, no bastando con que dichas conversaciones se aporten sin más al atestado policial y más tarde al procedimiento judicial, sino que ha de garantizarse sin género de duda la autenticidad y veracidad de todos y cada uno de los elementos que sobre los que dichas supuestas conversaciones permiten emitir un juicio de valor, interpretación o afirmación.

Expone que, además, el menor aportó por un lado las conversaciones y por otro la fotografía, sin que se acredite relación entre unas y otra, lo que evidencia que está sacada de su supuesto contexto inicial, por lo que en modo alguno puede afirmarse cuándo fue enviada supuestamente dicha foto por el menor, en qué contexto, en qué conversación y si ésta tenía temática sexual. Y corresponde a la acusación, no a la defensa, demostrar la autenticidad del contenido de las conversaciones.

Como consecuencia de todo ello entiende que, los mensajes aportados por el menor carecen de valor probatorio. Y sin las conversaciones ni los archivos supuestamente intercambiados, no existen elementos fácticos para entender cometido por él el delito de elaboración de pornografía infantil.

Finalmente analiza la declaración del menor, la que, a su juicio, tampoco enerva la presunción de inocencia de la que goza. Comienza señalando que el menor tuvo conocimiento de la investigación sobre él a través de la prensa, siendo citado por la Guardia Civil para tomarle declaración, la que a su vez le informó de los supuestos hechos con otros menores, similares a los que podrían haber acontecido con este menor. Por ello su declaración estuvo influenciada y condicionada por la información previamente recibida.

Refiere lo declarado por el menor ante la Guardia Civil, en el Juzgado de instrucción y en el juicio oral, y considera, en contra del parecer de la Sala, que su declaración no fue ni consistente, ni coherente, ni sólida, ni persistente, pues se caracteriza por imprecisiones, contradicciones, interpretaciones y valoraciones realizadas sobre el vago recuerdo del menor, ya que constantemente manifiesta que no recuerda bien, pero que cree que..., describiendo su relación con él como de confianza y amistad, hablando de muchas cosas y también de aspectos sexuales pero siempre en broma, no habiéndose sentido nunca agredido u ofendido sexualmente por él. Señala también el menor que nunca le pidió una foto y que la supuesta fotografía se la envió en un contexto de broma en relación al vello púbico del menor, pero sin mayor transcendencia, y él no le solicitó de ninguna forma comportamiento o material sexual o pornográfico. Manifiesta que lo que sucedió es que, el menor, después de haber hablado con la Guardia Civil, ha interpretado a posteriori que con él pudo haber intentado lo mismo, si bien, objetivamente ello no se ha producido en este caso, ni existe dato o elemento alguno en la causa que lo corrobore. Por tanto, lo que el menor describe como una broma sin importancia, en un principio, a medida que se ha ido contaminando, termina con que en el plenario manifiesta que las conversaciones (supuestas) se podrían interpretar como de contenido sexual.

TERCERO.- 1. Las cuestiones que ahora suscita el recurrente fueron formuladas en idénticos términos ante el Tribunal Superior de Justicia. En consecuencia, la cuestión carece de relevancia casacional, en la medida en que no alega ni plantea argumentos distintos de los ya esgrimidos con anterioridad, que permitan a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación. Especialmente teniendo en cuenta que la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial ha recibido por parte del órgano de apelación una respuesta lógica, motivada y razonable y que respeta la reiterada jurisprudencia sobre el particular (que se cita y aplica adecuadamente en tal resolución).

2. Conforme expresábamos en la sentencia núm. 7/2023, de 19 de enero, "La mensajería instantánea a través de WhatsApp permite a los usuarios compartir toda clase de datos mediante el uso de la aplicación. La información no se guarda en servidores, sino en los dispositivos usados para la comunicación. Por ello es necesario comprobar que éstos no han sido manipulados y que su autoría corresponda efectivamente a la persona que figura como transmitente de los datos.

Efectivamente, para la valoración de la prueba electrónica el juez no debe tener ninguna duda sobre dos características: la autenticidad del origen, esto es, que su autor aparente es su autor real; y la integridad del contenido que implica que los datos no han sido alterados.

En la práctica de la prueba la parte que pretende su validez debe aportar todos los medios probatorios posibles para fortalecer la prueba aportada.

Cuando esta es impugnada, resultan relevantes las alegaciones que sustenten la impugnación, así como los medios de prueba practicados para acreditar la validez de la misma.

En todo caso, la regla general en materia de prueba electrónica es el sistema de libre valoración. Así lo dispone expresamente el art. 382.3 Ley de Enjuiciamiento Civil.

En definitiva, el cuestionamiento por el recurrente acerca de la autenticidad e integridad de los WhatsApp incorporados a las actuaciones que reproducen conversaciones mantenidas con las menores, no implica que tales pruebas deban ser expulsadas automáticamente del procedimiento, sino que hace necesario el examen de las alegaciones que sustentan la petición de rechazo de tal medio de prueba junto con otros medios de prueba practicados para determinar su validez. Normalmente será la prueba pericial la que demuestre la veracidad de la prueba electrónica impugnada pero ello no excluye la posibilidad de confirmar su autenticidad a través de otras pruebas existentes en el procedimiento.

Ésta y no otra es la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 300/2015, de 19 de mayo citada por el recurrente. En aquel caso el material controvertido lo constituían unas capturas de pantalla o "pantallazos", en los que se reflejaba el contenido de mensajes transmitidos en las redes sociales, en concreto Twenti. En la misma se sentaban los siguientes criterios:

- La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas, precisamente por la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa el intercambio de ideas.
- 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.
- En caso de impugnación, será indispensable 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.

No obstante, ello no implica que haya de procederse mecánicamente a la práctica de la prueba pericial sobre la prueba electrónica cuando ésta haya sido impugnada, pudiendo acudir a cuales otros medios de prueba admitidos en derecho hayan sido practicados. De hecho, en el caso analizado en aquella sentencia, no se había practicado prueba pericial, pero las circunstancias del caso concreto y la valoración de otras pruebas permitieron el rechazo de la impugnación. Circunstancias tales como que la propia víctima había puesto a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Twenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial; el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba la víctima a través de la aplicación de mensajería fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario donde pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que habían mantenido el diálogo; ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que la conversación fuera facilitada tanto por uno de los interlocutores como por la guardia civil."

En relación al momento procesal de la impugnación, lo fijábamos en la sentencia núm. 332/2019, de 27 de junio en el escrito de defensa: "Este tipo de pruebas digitales pueden aportarse al proceso mediante acta notarial, o adverbación de teléfonos móviles y sus contenidos ante el Letrado de la Administración de Justicia, o meros "pantallazos" como fotografías de un "hilo" de mensajes de Whatsapp, pero hay que recordar que en los casos en los que la defensa impugne esta "prueba digital" en el escrito de defensa motiva y obliga a la acusación a proponer prueba pericial informática acerca de la veracidad del contenido de estos mensajes y que estos no han sido alterados. Y no se trata de que esta impugnación se haga en la fase de instrucción, sino que haciéndolo en la fase propia de la calificación provisional debe contrarrestar la acusación esta impugnación por la oportuna prueba pericial informática. (...)

(...) Y la verdadera y propia impugnación puede llevarse a cabo en el escrito de defensa con respecto a la prueba digital aportada por la acusación, por lo que lo correcto hubiera sido proponer, como contestación a la impugnación, el complemento de la prueba informática que debe ser admitida al no ser extemporánea, ya que se refiere a una exigencia que dimana de la impugnación de la defensa de la prueba de la acusación y ello desplaza la carga de la proposición probatoria a la acusación. Sin embargo, la no validez de los contenidos de whatsapp no impide mantener la convicción acerca de cómo se sucedieron los hechos al existir "prueba bastante" ya enunciada por el Tribunal. Ya hemos expuesto que el recurrente reconoció algunos mensajes no autoinculpatórios, pero rechazó los que le incriminaban, aunque ello evidencia que mantenía una relación con ella por whatsapp, lo que, ciertamente, resulta extraño por el entorno familiar en el que vivían que no lo hacía preciso, y por ser extraño hacerlo con una menor de edad."

Ello no obstante, en la sentencia núm. 375/2018, de 19 de julio dijimos que no se puede entender que la jurisprudencia de esta Sala haya establecido una presunción iuris tantum del WhatsApp como medio de prueba, la cual deba ser combatida por medio de una prueba pericial que tenga que practicarse en todo caso, y que confirme su autenticidad, sino que para que realmente se tenga que realizar dicha prueba pericial el mensaje debe haber sido impugnado por la existencia de sospechas o indicios de manipulación, pero no de forma genérica y retóricamente. De hecho, dicha pericial no sería necesaria cuando no exista duda de su autenticidad mediante la valoración y práctica de otros medios de prueba.

3. En el supuesto examinado, lo primero que se observa es que el recurrente incurre en cierta contradicción en sus manifestaciones.

Aunque denuncia que no se haya verificado técnicamente la integridad de las conversaciones, garantizando su autenticidad, sin embargo, señala que la pericial que aportó tenía por objeto únicamente determinar si la forma en la que las conversaciones han sido incorporadas al procedimiento es correcta desde el punto de vista formal, esto es, respetando el procedimiento correcto de cadena de custodia y su validez. Y precisamente niega validez a la prueba por no respetarse a su juicio la cadena de custodia y por no haber sido identificados el emisor y receptor, ni los titulares de las cuentas de WhatsApp asociadas en dicha comunicación.

Como expresan ambos Tribunales, la defensa del acusado, en su escrito de conclusiones provisionales, impugnó las conversaciones de WhatsApp y la fotografía aportadas. Por tanto, la impugnación se llevó a cabo en momento procesal hábil.

Sin embargo, nada expresó sobre el fundamento de tal impugnación, limitándose a manifestar que éste se expondría "como cuestión previa al inicio de la vista oral". Como destaca el Tribunal Superior de Justicia, ello privaba a la acusación, en este caso ejercida únicamente por el Ministerio Fiscal, de la posibilidad de "articular una prueba que pudiera desvirtuar los vicios de la aportada que en momento tan tardío se concretaren, y sin conocer siquiera con que base técnica se denunciaban, pues la defensa ni siquiera proponía abiertamente su propia prueba pericial al respecto, sino que se reservaba el derecho de aportarla "para el caso de que esta parte lo entienda estrictamente necesario", como finalmente hizo, ya en el propio acto del juicio."

Tampoco existía fundamento objetivo que hiciera dudar de la autenticidad e integridad de la imagen y de la transcripción de conversaciones extraídas por la Guardia Civil.

Lo único que refiere el recurrente es que la manipulación ha quedado acreditada con las declaraciones del instructor del atestado. Pero tales declaraciones nada advierten sobre tal manipulación. Los testimonios prestados por los agentes de la Guardia Civil que se recogen en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, lo que permiten concluir es precisamente lo contrario. De esta forma, la citada sentencia expresa que *"Los agentes de la Guardia Civil que los recepcionaron, custodiaron y analizaron manifestaron de forma contundente que se respetó el contenido. El Instructor, el agente NUM001, precisó, eso sí, que en la transcripción que remitió al Juzgado omitió algunos extremos que no consideró relevantes a los efectos de la investigación, quedando en todo caso el original unido a las actuaciones (CD, f. 716)."*

Tanto la Audiencia primero como el Tribunal Superior de Justicia después han realizado un exhaustivo estudio de la información obtenida a través de otras pruebas practicadas que les ha llevado a desestimar la impugnación de la Defensa, al descartar cualquier duda sobre la integridad de los datos y la correlación entre la información obtenida con la que fue remitida por el menor

De esta forma, como señala la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, han atendido en primer lugar a la pericia técnica aportada por la Defensa en el acto del juicio oral. Tal pericia no aporta conclusión alguna que no pudiera haber sido alcanzada por el Tribunal. Como expresa el Tribunal de apelación "la pericia técnica articulada por la defensa, con estar sólidamente fundamentada, o precisamente por eso, acaba manteniendo unas conclusiones puramente negativas: no consta la cadena de custodia; no constan los medios técnicos empleados para la extracción y revisión de los archivos; no consta la veracidad e integridad de los mensajes, la titularidad de las líneas telefónicas ni de las aplicaciones de whatsapp; en suma, no puede afirmarse la validez de la prueba desde el punto de vista técnico. Para ese viaje, podemos decir, no hacían falta alforjas. No era precisa una prueba pericial para demostrar algo que ya era evidente por sí mismo y que no podía pasar inadvertido al tribunal de instancia ni a este de apelación."

Se refieren también a las manifestaciones efectuadas por el perito en el acto del juicio oral, en el sentido de que no manifestó que hubiera encontrado ningún elemento o vestigio que permitiera sospechar una suplantación de la identidad de los comunicantes o una alteración o manipulación de los contenidos. Ambas sentencias destacan que un buen procedimiento para iniciar, al menos, una comprobación de esos cruciales extremos habría sido examinar los archivos informáticos en el teléfono del acusado, lo que estando a su alcance y pese a la facilidad de tal comprobación, ello no fue solicitado al perito.

Concluye por ello acertadamente el Tribunal señalando que "Esa llamativa restricción del objeto de la pericia a lo que en realidad era ya sabido de antemano, eludiendo lo que de verdad importaba, dice mucho de lo que en realidad se pretendía con ella: enturbiar los términos de la controversia procesal."

Junto a ello, destacó también con acierto el Tribunal Superior de Justicia que *"la hipótesis de la manipulación de los archivos contenidos en el teléfono del menor implicaría que alguien (¿el propio menor, su padre, la Guardia Civil...?) se habría entretenido en falsificar conversaciones de whatsapp cuya transcripción ocupa decenas de páginas (y eso que faltan las de los diez primeros meses de la relación), pero solo una imagen inculpinable (¡con lo fácil que es encontrar en la red imágenes de genitales que puedan pasar por adolescentes!) con el objeto de perjudicar al acusado, sin que sea posible aventurar siquiera cuál sería el móvil de una conducta tan reprochable como fatigosa, porque nadie ha sugerido siquiera que el joven Dionisio, que confirma la autenticidad de los mensajes y de la fotografía, albergue ninguna animadversión o rencor contra el acusado que pudiera impulsarle a inculpinarlo falsamente.*

Parece evidente que, de haber existido una manipulación, su autor se habría preocupado de que apareciera en los archivos la remisión original de la imagen por el menor (y no el reenvío inverso por el acusado, como ocurre: folio 647) y las conversaciones que dieron lugar a esa remisión, que se han perdido por la razón que el propio menor explica. Conforme a lo expuesto puede afirmarse la autenticidad e integridad de la prueba electrónica practicada, confirmando por ello la desestimación de la impugnación de la Defensa siendo aquella válida y con eficacia probatoria, y por tanto valorable junto al resto de las pruebas practicadas."

Conforme a lo expuesto puede afirmarse la autenticidad e integridad de la prueba electrónica practicada, confirmando por ello la desestimación de la impugnación de la Defensa siendo aquella válida y con eficacia probatoria, y por tanto valorable junto al resto de las pruebas practicadas.

4. Y en lo que se refiere a la declaración prestada por el menor, el Tribunal consideró que su testimonio reunió elementos de credibilidad subjetiva y objetiva y de persistencia en la inculpinación que le dota de suficiencia para destruir la presunción de inocencia. Ello se efectúa de forma coherente, valorando la ausencia de motivos espurios. Nada sobre ello opone el recurrente.

La Audiencia, lejos de dudar de la veracidad de la denuncia formulada, ha constatado la credibilidad subjetiva de la menor, al no apreciar en su declaración ningún móvil espurio que haga sospechar de la veracidad de sus manifestaciones.

Asimismo ha examinado debidamente el contenido de las diferentes declaraciones efectuadas por el denunciante, entendiendo de forma razonada que el relato que ofreció es coherente, completo y rico en detalles, contestando de manera abierta y clara a las preguntas tanto de la acusación como de la defensa, por lo que también estimó el testimonio como creíble desde el punto de vista objetivo.

Finalmente, examinó los elementos que corroboran las manifestaciones efectuadas por el testigo. Se trata en primer lugar de las conversaciones por mensajería y el archivo con la fotografía donde aparecían sus partes íntimas que el denunciante facilitó a la Guardia Civil, respecto a los que ya hemos comprobado su validez y eficacia.

También contó con los testimonios que ofrecieron los agentes de la Guardia Civil que exploraron al menor y recibieron de él los archivos. Estos expusieron el contexto en que se produjeron los hechos, explicando que no se trató de un hecho aislado, sino que el acusado actuó del mismo modo con otros muchos menores, habiendo sido enjuiciado en causa aparte por ello.

Junto a ello dispuso de la abundante documental referente a conversaciones y tráfico de archivos entre el acusado y otros muchos menores.

Por último, el Tribunal comprobó la persistencia del menor en su inculpinación del acusado facilitando siempre, en esencia, un mismo relato. Sobre ello pone de manifiesto que aun cuando ante la Guardia Civil declaró que no había mandado foto alguna al acusado, ello no compromete su versión. Para ello razona que, dadas las circunstancias, es posiblemente lo hiciera por vergüenza, pero, en todo caso, rectificó cuando se descubrió la fotografía y se le volvió a preguntar, reiterando en todo caso en el plenario que la envió él al acusado y éste se la reenvió tiempo después.

Con ello se evidencia que el Tribunal de instancia ha llegado a la conclusión plasmada en la sentencia a través de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado inculpinatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditado que D. Felipe realizó los hechos relatados en el apartado de hechos probados por los que ha sido condenado, pruebas que, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal.

Se trata en definitiva de una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada, careciendo esta Sala de casación de motivos para invalidarla.

Esta Sala viene señalando de forma reiterada (auto núm. 1133/2018, de 6 de septiembre, con expresa remisión a la sentencia 689/2014, de 21 de octubre), que "el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo", como, en efecto sucede en el caso que nos ocupa. Continúa el citado auto señalando que "en cuanto a la tesis alternativa planteada por el recurrente, hemos afirmado en numerosos precedentes (STS 636/2015, de 21 de octubre, entre otras), que nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba", al igual que acontece en el presente caso, de conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes.

El motivo por tanto no puede prosperar.

CUARTO.- 1. El segundo motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 189.1 a), y 28 CP. Junto a él invoca error en la apreciación de la prueba, basado documentos que obran en autos, con base a lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim.

Estima que no concurren los requisitos exigidos por este tipo penal.

Señala que, al no existir correlación entre la conversación y las imágenes, y ni una ni otra puede relacionarse con él de manera clara e inconfundible, no queda acreditado que haya cometido delito alguno. Añade que de los equipos incautados no se ha extraído imagen alguna ni pornográfica ni relacionada con ningún menor en concreto. Y que no ha sido acreditado que la fotografía que obra en el folio 653 de la causa y, que se vincula a dicha conversación, corresponda efectivamente a dicha conversación, pues en la conversación los archivos aparecen como omitidos.

Reitera, en los mismos términos expresados en el anterior motivo, que la declaración del menor podría estar alterada desde su inicio, en atención a la forma en que tuvo conocimiento de la investigación y a la información que le facilitó la Guardia Civil. Asimismo reproduce nuevamente lo declarado por el menor ante la Guardia Civil, en el Juzgado de instrucción y en el juicio oral y rechaza que su testimonio pueda ser calificado como coherente, sólido y persistente.

Sostiene que la imagen de un desnudo no puede ser considerada por sí misma objetivamente material pornográfico. No existe a su entender sustento alguno que corrobore de manera objetiva el carácter pornográfico de la fotografía, conforme a lo exigido por el tipo penal. En contra de lo que expresa el Tribunal Superior de Justicia sobre la imagen del menor, afirma que en ella únicamente se observa la imagen de un pubis que no es pornografía.

En definitiva, considera que no se ha acreditado que el comportamiento que se le reprocha sea el penalmente exigido, ya que de ninguna manera captó al menor con un fin pornográfico, pues eran amigos, tenían confianza, hablaban en broma, de la misma forma en el grupo que en privado. Incluso el propio menor negó que tuviera dicho comportamiento respecto a él. Y, en su caso, objetivamente, lo que muestra la fotografía no es material pornográfico, y la Sala sentenciadora en ningún momento explica o argumenta por qué a su juicio sí lo es.

2. En este motivo se acumulan dos vías casacionales de forma improcedente, el error iuris del art. 849.1 LECrim, y el error facti del art. 849.2º LECrim. Ello contraviene el mandato del art. 874 LECrim.

Procederemos por ello a su análisis por separado.

2.1. En relación al motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal;

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" (STS 310/2017, de 3 de mayo).

2.2. En nuestro caso, el cauce del art. 849.2 LECrim, elegido por el recurrente, es erróneo, dado que este motivo exige como primer requisito que el error surja de forma incontestable del particular de un documento.

Se citan como documentos literosuficientes el atestado instruido por la Guardia Civil completo y en particular, la declaración del menor, las conversaciones transcritas y la fotografía, obrantes en el mismo folio 662; el acta de entrada y registro; la declaración judicial del menor Dionisio, llevada a cabo mediante sistema de grabación; el auto de fecha 18 de septiembre de 2017 que acuerda el cotejo de las conversaciones del móvil con número de teléfono NUM002, correspondiente al menor, si bien pese a su necesidad, no se hizo (Folio 698); y el informe Pericial realizado por el perito informático D. Modesto 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 WhatsApp obrantes en la causa, aportado por esta Defensa con carácter previo al inicio de las sesiones de Juicio Oral.

Tales documentos carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba, y en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo.

Es evidente pues que lo que pretende con la designación de tales documentos, no es la acreditación de un error sino que este Tribunal proceda a realizar una nueva valoración de la prueba a partir de esos documentos.

No estamos ante un supuesto en el que en base a un documento o documentos se deban excluir del relato fáctico unos hechos que erróneamente se han declarado probados. Los documentos que cita el recurrente como literosuficientes no son tales. No lo son las declaraciones del menor, constituyendo las actas donde aquellas se transcriben documentación de una prueba personal. Su valoración es inseparable de la proximidad del órgano de instancia a la fuente de prueba. Tampoco lo son el atestado en su conjunto, que documenta la investigación policial, ni la resolución judicial acordando el cotejo de las conversaciones. No lo es, por último, la documentación de la prueba pericial practicada en el juicio oral sobre la que el recurrente realiza una valoración distinta de la obtenida por el tribunal a quien compete la valoración de la prueba. De hecho, el recurrente no se apoya en él para contradecir el factum. Simplemente lo cuestiona, desviándose de esta forma del fundamento del motivo.

Como decíamos en la sentencia núm. 1205/2011, de 15 de noviembre, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende el recurrente.

El motivo por ello se desestima.

3.1. El motivo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que "este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico

la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre, que, con referencia a otras sentencias (SSTS 8/3/2006, 20/7/2005, 25/2/2003, 22/10/2002; ATC 8/11/2007), señala que "el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación-conforme lo previsto en el art. 884. 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal."

3.2. Conforme expresábamos en la sentencia núm. 966/2021, de 10 de diciembre "el referido art. 189.1 a) escoge un tipo mixto alternativo, pues, siempre referido a la captación o utilización de menores, por un lado sanciona conductas propias de esa captación o utilización para fines pornográficos, mientras que, por otra parte, castiga si es para la elaboración de material pornográfico, con lo que cualquiera de las conductas completa el tipo, si bien en ambos casos, se trata de un delito de mera actividad, que se consuma en sí mismo, sin necesidad de que llegue a tener lugar la difusión o exhibición a terceros.

Ante los problemas que venían teniendo lugar por carecer de una definición de pornografía y al objeto de colocar ésta dentro de unos límites que no invadieran otros conceptos, como lo erótico, lo estético o lo artístico, la jurisprudencia se esforzó por dar un concepto de pornografía infantil y así, en STS 240/2020, de 26 de mayo de 2020, por referencia a la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, recuerda que decíamos que ésta "ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía y lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con respecto a la pornografía infantil, recuerda que el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones gravemente impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código Civil".

No encontramos en nuestro Código Penal una definición hasta la reforma que tiene lugar por LO 1/2015, que recoge en el mismo art. 189.1 una interpretación auténtica de lo que ha de entenderse por pornografía infantil, y, así, considera como tal: "a) todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales. c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes. d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales". (...)

(...) En cualquier caso, aun no recogida en nuestro ordenamiento la anterior definición de pornografía infantil hasta la reforma de 2015, no es excusa para prescindir de su definición, y para ello podemos partir de la influencia que, en dicha reforma, tuvo la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, pues, como se deja constancia en el Preámbulo de la propia LO 1/2015, "se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida".

Y es que la Directiva, como una disposición normativa obligatoria de derecho comunitario, entre las definiciones que recoge su art. 2, en su letra c), se encuentra la de pornografía infantil, que a los efectos de la Directiva se considera tal: "i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una

conducta sexualmente explícita real o simulada, ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales".

3.3. En el caso que nos ocupa, el recurrente ejecutó la conducta que se describe en el art. 189.1 a) CP, pues, a tenor del *factum*, captó al menor - que no tiene otro significado que detectar y atraer al sujeto pasivo -, ganando su confianza, para uno de los fines o actividades que se describen en el precepto, esto es, para que éste se hiciera y le mandara una fotografía de sus genitales.

El hecho probado describe que el acusado generó lazos afectivos con el menor, con el que mantuvo conversaciones de temática sexual, provocándole con comentarios acerca del tamaño de su pene y la carencia de vello en sus genitales, y logrando con ello que éste le mandara una foto en la que se levantaba el elástico de los calzoncillos y mostraba su zona púbica.

Como explica la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, la fotografía en cuestión dejaba al descubierto el arranque del miembro viril del menor, al retirar éste la cinturilla elástica de sus calzoncillos. De esta forma, la imagen mostraba no solo el pubis del menor, sino también, y aunque de forma parcial, sus órganos sexuales.

No cabe entender en tal conducta otros fines distintos a los sexuales. Se trata sin duda de una imagen de carácter obsceno, que desborda los límites de lo ético y de lo estético, y carece utilidad como ilustración anatómica, y, por ello, de indudable contenido sexual.

El motivo se desestima.

QUINTO.- La desestimación del recurso formulado por D. Felipe, conlleva a imposición al mismo de las costas de su recurso, de conformidad con las previsiones del 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 la representación procesal de D. Felipe, contra la sentencia núm. 114/2022, de fecha 27 de abril, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación núm. 294/2021 en la causa seguida por delito de utilización de menores para elaboración de material pornográfico.

2) **Imponer** a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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.